

Der Begriff der Gewerbsmäßigkeit im Schweizerischen Strafgesetzbuch

Dissertation

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte

vorgelegt von
Hans-Willy Grob
von Lichtensteig
(St. G.)

genehmigt auf Antrag von Herrn Prof. Dr. H. F. Pfenninger

ZÜRICH 1949

BUCHDRUCKEREI NEUE ZÜRCHER ZEITUNG

Der Begriff der Gewerbsmäßigkeit im Schweizerischen Strafgesetzbuch

Dissertation

**der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte**

vorgelegt von
Hans-Willy Grob
von Lichtensteig
(St. G.)

genehmigt auf Antrag von Herrn Prof. Dr. H. F. Pfenninger

ZÜRICH 1949

BUCHDRUCKEREI NEUE ZÜRCHER ZEITUNG

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

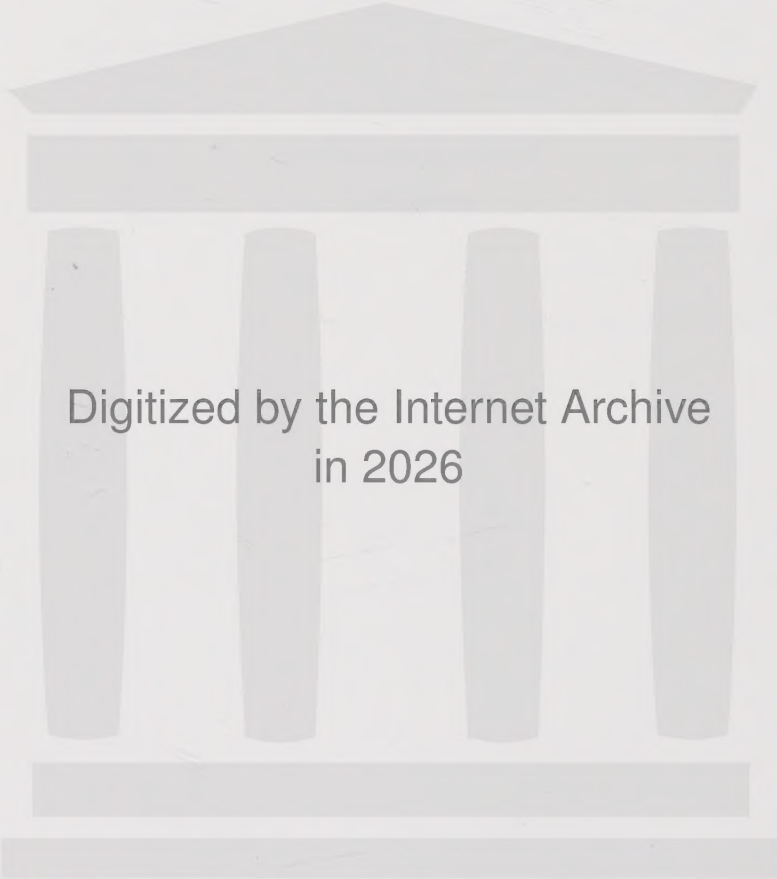
Zürich, den 10. Juli 1948.

Der Dekan:

Prof. Dr. K. Käfer



*Meinen lieben Eltern
gewidmet*



Digitized by the Internet Archive
in 2026

I. INHALTSVERZEICHNIS

	Seite
§ 1. Bisherige Ergebnisse und deren Kritik	1
I. Die Gewerbsmäßigkeit im Rahmen des schweizerischen Straf- gesetzbuches	1
II. Begriffliche Fassungen bisheriger Literatur und Rechts- sprechung	2
III. Gegenwärtige Tendenzen	8
Allgemeiner Teil	11
§ 2. Grundlegung	11
I. Allgemeines	11
II. Gewerbe und Gewerbsmäßigkeit im Rahmen der heutigen Wirtschaftsordnung	12
III. Versuch einer grammatikalischen Interpretation	13
Erstes Kapitel: Der soziale Gewerbebegriff	15
§ 3. Katalog der gebräuchlichen Gewerbebegriffe	15
I. Der Gewerbebegriff des § 52 HRegV	15
II. Der Gewerbebegriff im produktionstechnischen Sinne	17
III. Die Definition von Fleiner	18
IV. Die Definition von Seidel	19
V. Die Definition nach ZBJV 66, S. 277	21
VI. Die Charakterisierung durch die bundesgerichtliche Praxis im Rahmen von SchKG 92 ciff. 3	21
§ 4. Der Begriff des sozialen Gewerbes	23
I. Die Zusammenstellung der Definition	23
II. Diskussion dieses Gewerbebegriffs anhand einiger prak- tischer Fälle	24
III. Die einzelnen Elemente der Definition	26
IV. Die Abgrenzung zum Berufsbegriff	27
Zweites Kapitel: Der Begriff der asozialen Gewerbsmäßigkeit	29
§ 5. Die Umschreibung der asozialen Gewerbsmäßigkeit	29
I. Die Entwicklung eines asozialen Gewerbebegriffes	29
II. Diskussion dieser Definition an Hand von Fällen	34
III. Die einzelnen Elemente der Definition	36
1. Das Erwerbsmoment	36
2. Das Element der Anwendung von Produktionsmitteln	37

	Seite
3. Das Element einer organisierten Tätigkeit	38
4. Das ökonomische Prinzip	39
5. Das Element einer gesteigerten wirtschaftlichen Intensität	39
§ 6. Das Verhältnis der Gewerbsmäßigkeit zu verwandten Begriffen	41
I. Die Bereicherungsabsicht	42
II. Die Gewinnsucht	42
III. Eigennutz	45
IV. Die Geschäftsmäßigkeit	46
V. Die Gewohnheitsmäßigkeit	47
VI. Fortgesetztes Verbrechen	51
VII. Wiederholung	53
VIII. Rückfall	54
IX. Die Gefährlichkeit	55
X. Die bandenmäßige Begehung	56
§ 7. Einzelfragen	58
I. Fragen der Konkurrenz	58
II. Teilnahmeformen	59
III. Erscheinungsformen der gewerbsmäßigen Tat (Vollendung, Versuch, Vorbereitung)	59
IV. Fahrlässigkeit	61
V. „Ne bis in idem“	62
Besonderer Teil	63
§ 8. Die gewerbsmäßige Abtreibung	63
I. Das Erwerbsmoment	63
II. Das Element der Anwendung von Produktionsmitteln	65
III. Das Element einer organisierten Tätigkeit	65
IV. Das ökonomische Prinzip	67
V. Das Element einer gesteigerten wirtschaftlichen Intensität	67
§ 9. Der gewerbsmäßige Diebstahl	70
I. Das Erwerbsmoment	70
II. Das Element einer Anwendung von Produktionsmitteln	71
III. Das Element einer organisierten Tätigkeit	73
IV. Das ökonomische Prinzip	75
V. Die gesteigerte wirtschaftliche Intensität	75
VI. Das Verhältnis zu einer auf „andere Weise“ dokumentierten besondern Gefährlichkeit	77
§ 10. Der gewerbsmäßige Betrug	79
I. Das Erwerbsmoment	79
II. Die Anwendung von Produktionsmitteln	80
III. Das Moment einer organisierten Tätigkeit	82
IV. Das ökonomische Prinzip	84
V. Die gesteigerte wirtschaftliche Intensität	85

	Seite
§ 11. Die übrigen gewerbsmäßig qualifizierten Vermögens- und Fälschungsdelikte	87
I. Gewerbsmäßige Hehlerei — StGB 144 Abs. 3	87
II. Gewerbsmäßige Erpressung — StGB 156 ciff. 2	90
III. Gewerbsmäßiger Wucher — StGB 157 ciff. 2 Abs. 3	93
IV. Gewerbsmäßige Warenfälschung — StGB 153 Abs. 2	95
V. Gewerbsmäßiges Inverkehrbringen gefälschter Waren — StGB 154 ciff. 1 Abs. 2	96
VI. Gewerbsmäßiges Herstellen von gesundheitsschädlichem Futter — StGB 235 ciff. 1 Abs. 2	98
VII. Gewerbsmäßige Münzverringerung — StGB 243 ciff. 1 Abs. 2	99
VIII. Gewerbsmäßiges Fälschen von Ausweisen — StGB 252 ciff. 2	101
§ 12. Die gewerbsmäßig begangenen Sittlichkeitsdelikte	103
A. Die gewerbsmäßig qualifizierten Sittlichkeitsdelikte	103
I. Gewerbsmäßige Kuppelei (insbesondere das Halten eines Bordells) StGB 199, 202, 209	103
II. Gewerbsmäßiger Frauen- und Kinderhandel — StGB 202 ciff. 2 Abs. 8	106
B. Die gewerbsmäßige Begehung als Tatbestandsmerkmal aufweisende Sittlichkeitsdelikte	107
I. Die gewerbsmäßige widernatürliche Unzucht — StGB 194.3	108
II. Gewerbsmäßige Unzucht im Rahmen von StGB 201 und 207	110
III. Gewerbsmäßiges Ausleihen von unzüchtigen Gegenständen — StGB 204 ciff. 1 Abs. 3	111
IV. Anlocken zur Unzucht — StGB 206	112
§ 13. Resultat	114
I. Zusammenfassung und Diskussion des Ergebnisses	114
II. Die Regelung des StGB de lege lata	116
III. Kritik dieser Regelung des StGB	117
IV. Die rechtspolitische Forderung der Verwendung der Gewerbsmäßigkeit als allgemeiner Strafzumessungsgrund	118
Anhang	120
§ 14. Die Begründung einer gewerbsmäßigen Qualifikation an Hand von StGB 119.3 und Ueberprüfung der Definition	120
I. Entwicklungstendenzen einer Sonderbehandlung des gewerbsmäßig begangenen Delikts in historischer Beleuchtung	120
II. Die legislative Behandlung der gewerbsmäßigen Abtreibung im schweizerischen Strafrecht	123
III. Die Begründung der gewerbsmäßigen Qualifikation	126
IV. Die Ueberprüfung der Definition in diesem Zusammenhange	127

II. LITERATUR

- Aichinger Strafmilderung und Strafschärfung im VE zum dt.StGB, verglichen mit dem geltenden Recht. Diss. Erlangen 1912.
- Amonn Volkswirtschaftliche Grundbegriffe und Grundprobleme, Bern 1944.
- Aschaffenburg Gutachten: Ueber die strafrechtliche Behandlung von Rückfall, gewohnheitsmäßigem und gewerbsmäßigem Verbrechen. In: Verhandlungen des 28. Deutschen Juristentags 1905, Bd. I, S. 145 ff.
- Behne, A. Das gewerbsmäßige und gewohnheitsmäßige Delikt, Diss. Heidelberg 1912.
- Binding, K. Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, Besonderer Teil Bd. I, II 1 und 2 (1902—1904).
- Buße Die gewerbsmäßigen und gewohnheitsmäßigen Verbrecher und ihre Behandlung, Beitrag zur Frage der sichernden Maßnahmen. Diss. Heidelberg 1912.
- Clerc-Steck Grundzüge des schweizerischen Strafrechts, Allgemeiner Teil, Basel 1943.
- Diez, E. Die Strafzumessungsgründe im Besondern Teil des StGB, insbesondere die Gewerbsmäßigkeit, Diss. Basel 1944.
- Dochow Zur Lehre von den gewerbsmäßigen und gewohnheitsmäßigen Verbrechen, Jena 1871.
- Elster / Weber / Wieser Handwörterbuch der Staatswissenschaften (4. Aufl., Jena 1923 ff.).
- Elster Wörterbuch der Volkswirtschaft (4. Aufl., Jena 1931 ff.).
- Exner, F. Studien über die Strafzumessungspraxis der deutschen Gerichte. In: Kriminalistische Abhandlungen, Heft 16, 1931.
- Der Berufsverbrecher und seine Bekämpfung, in: Mitteilungen der internationalen kriminalistischen Vereinigung, Bd. V, S. 34 ff., Berlin und Leipzig 1931.
- Fleiner, F. Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Tübingen 1923.
- Frowein, H. Das gewerbsmäßige und gewohnheitsmäßige Verbrechen, Diss. Bonn 1928.
- Gentz, W. Der Berufsverbrecher, in: Bumke, Deutsches Gefängniswesen 1928, S. 334 ff.
- Germann, O. A. Textausgabe zum StGB, 3. Aufl., Zürich 1944.
- Das Verbrechen im neuen Strafrecht, Zürich 1942.

- Germann, O. A. Der Verbrechensbegriff nach schweizerischem StGB, Zürich 1943.
- Gissinger, P. Die Verwahrung von Gewohnheitsverbrechern im schweizerischen Strafrecht, Diss. Zch. 1948.
- Hafer, E. Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts
 Band I: Allgemeiner Teil, 1. Aufl., Berlin 1926, 2. Aufl., Bern 1946.
 Band II: Besonderer Teil, 1. Hälfte, Berlin 1937, 2. Hälfte, Berlin 1943.
- Aus der Rechtssprechung des Bundesgerichts zum Schweizerischen Strafgesetzbuch (SJZ 42, S. 349 ff., NZZ 27. 10. 1946 Nr. 1937).
- Hagemann Der Berufsverbrecher und seine Bekämpfung, in: Mitteilungen der internationalen kriminalistischen Vereinigung, Band V, S. 2 ff., Berlin und Leipzig 1931.
- Hahnefeld, A. Das gewerbsmäßige und gewohnheitsmäßige Delikt mit besonderer Berücksichtigung des deutschen VE, Diss. Breslau 1919.
- Halter Umstrittene Gewerbsmäßigkeit, Referat gehalten zu Anlaß der Herbsttagung 1945 der Schweizerischen Kriminalistischen Gesellschaft (in: NZZ 2. 11. 1945 Nr. 1648).
- Heindl, R. Der Berufsverbrecher, 3. Aufl., Berlin 1927.
- Hippel v., R. Deutsches Strafrecht, 2 Bde., Berlin 1925/30.
- Jaeger, C. Das Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG), 2 Bde., 3. Aufl., Zürich 1911.
- Kneisel, W. Rückfall und Gewohnheitsverbrechen nach geltendem Recht und den Entwürfen Deutschlands, Oesterreichs und der Schweiz, Diss. Bonn 1929.
- Kohlrausch Strafgesetzbuch des deutschen Reiches, 34. Aufl., 1938.
- Liszt Gewohnheitsverbrecher, in: ZGS 21, S. 124 ff.
- Liszt v., E. Kriminelle Fruchtabtreibung, 2 Bde., Zürich 1910.
- Liszt v., F. Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Berlin 1903, 1919.
- Liszt v. -Schmidt Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Berlin und Leipzig 1927, 25. Aufl.
- Mayer, M. E. Gutachten über die strafrechtliche Behandlung des Rückfalls, des gewohnheitsmäßigen und gewerbsmäßigen Verbrechertums, in: Verhandlungen des 28. deutschen Juristentages 1905, Bd. I, S. 145 ff.
- Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, Heidelberg 1915.

- Meyer-Allfeld Lehrbuch, Leipzig 1907.
- Mezger, E. Strafrecht, 2. Aufl., München und Leipzig 1933.
- Oetker Die legislative Behandlung der Abtreibung, in: Der Gerichtssaal XCV 1927, S. 1 ff.
- Pax, G. Das gewerbsmäßige und gewohnheitsmäßige Delikt mit besonderer Berücksichtigung des VE, Diss. Breslau 1917.
- Quistorps, J. C. Grundzüge des deutschen peinlichen Rechts, ersch. 1783 in Rostock und Leipzig.
- Radbruch
— Abtreibung, VDA Besonderer Teil V, S. 168 ff., 1905.
Gesetzliche Strafschärfung, in: VDA Allgemeiner Teil, Bd. III, S. 204 ff.
- Sacher Staatslexikon (5. Aufl., Freiburg i. Br. 1926 ff.).
- Saitzew, M. Das Kapital in der Wirtschaftslehre der kapitalistischen Epoche, in: Harms, Kapital und Kapitalismus, Vorlesungen, Berlin 1931, I. Bd., S. 154 ff.
- Schaub, K. Begriff der Gewerbsmäßigkeit im deutschen Reichsrechte, insbesondere im geltenden Reichsstrafrechte, Diss. Marburg 1905.
- Schifferli, E. Der strafrechtliche Schutz des keimenden Lebens, Diss. Freiburg 1930.
- Schmidt, R. Grundriß des deutschen Strafrechts, Leipzig 1925.
- Steiner Das Delikt der Abtreibung, Diss. Bern 1915.
- Thormann / Overbeck v. Das Schweizerische Strafgesetzbuch, Kommentar
- Band I: Allgemeine Bestimmungen, Art. 1 — 110, Zürich 1940.
- Band II: Besondere Bestimmungen, Art. 111—332; Einführung und Anwendung des Gesetzes, Art. 333 bis 401; Zürich 1941.
- Band III: Kantonale Einführungsbestimmungen, Zürich 1943.
- Verhandlungen über das Thema: Die strafrechtliche Behandlung von Rückfall, gewerbsmäßigem und gewohnheitsmäßigem Verbrechen, in: Verhandlungen des 28. deutschen Juristentages, 1905, Bd. III, S. 367 ff.
- Vuillemier, J. Das Gewohnheitsverbrechen und seine Bekämpfung im VE zum StGB, Diss. Zürich 1918.
- Waiblinger, M. Die Verfolgung und Beurteilung zusammentreffender strafbarer Handlungen nach dem schweizerischen StGB, Z. 58, S. 208 ff.
- Wick / Oswald Der kleine Merkur, 7. Aufl., Zürich 1941.

III. MATERIALIEN

Entwurf	Entwurf zu einem StGB von 1918.
Sten.Bull NR, StR	Stenographisches Bulletin der Beratung des StGB im National- und Ständerat 1928—1936.
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. 12. 1937, in Kraft seit 1. 1. 1942.
Stoß, C.	Die schweizerischen Strafgesetzbücher zur Vergleichung zusammengestellt, 1890.
—	Die Grundzüge des schweizerischen Strafrechts, 2 Bde., 1892/93.
VE	Vorentwürfe zu einem schweizerischen StGB von 1893/94, 1896, 1903, 1908, 1916.
Verhandlungen 1	Verhandlungen der ersten Expertenkommission, 2 Bde., 1896.
Verhandlungen 2	Verhandlungen der zweiten Expertenkommission, 9 Bde. und 2 Beilagenbände, Bern 1912—1916.
Zürcher	Erläuterungen zum VE von 1908, Bern 1914.

IV. ABKÜRZUNGEN

BaselStrafGer.	Entscheidungen des Basler Strafgerichts (zitiert: Jahrgang, Abteilung, Seite).
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, Amtliche Sammlung (zitiert: Jahrgang, Band, Seite).
BlZR	Blätter für zürcherische Rechtssprechung (zitiert: Band, Nummer des Entscheids).
dRStGB	Deutsches Reichsstrafgesetzbuch von 1871.
E	Entscheid (zitiert: E, Name des erkennenden Gerichts, Datum, Name des Verurteilten).
JT	Journal des tribunaux.
NZZ	Neue Zürcher Zeitung (zitiert: Datum, Nummer).
Praxis	Praxis des Bundesgerichts (private Sammlung von Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts), zitiert: Jahrgang, Nummer des E.
Rep.	Repertorio di Giurisprudenza Patria (zitiert: Jahrgang, Seite).
RGE	Entscheidungen des Deutschen Reichsgerichts in Strafsachen (zitiert: Band, Seite).
RSS	Rechtssprechung in Strafsachen (zitiert: Entscheid, Jahrgang, Nummer).
Semjud	La Semaine Judiciaire.
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung, zitiert: Jahrgang, Nr. des Entscheids, Seite.
Z	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, zitiert: Jahrgang, Seite.
ZBJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, zitiert: Jahrgang, Seite.
ZGS	Zeitschrift für gesamte Strafrechtswissenschaft, zitiert: Band, Seite.

§ 1. Bisherige Ergebnisse und deren Kritik

1. Die Gewerbsmäßigkeit im Rahmen des schweizerischen Strafgesetzbuches

Das schweizerische Strafgesetzbuch gebraucht den Begriff der Gewerbsmäßigkeit einerseits als *Strafschärfungsgrund*, anderseits als *Tatbestandsmerkmal*.

Die Gewerbsmäßigkeit ist *Strafschärfungsgrund* bei:

Abtreibung durch Drittpersonen (StGB 119 ciff. 3 Abs. 2)
Diebstahl (StGB 137 ciff. 2 Abs. 3)
Hehlerei (StGB 144 Abs. 3)
Betrug (StGB 148 Abs. 2)
Warenfälschung (StGB 153 Abs. 2)
Inverkehrbringen gefälschter Waren (StGB 154 ciff. 1 Abs. 2)
Erpressung (StGB 156 ciff. 2)
Wucher (StGB 157 ciff. 2 Abs. 3)
gewerbsmäßiger Kuppelei (StGB 199)
Frauen- und Kinderhandel (StGB 202 ciff. 2 Abs. 8)
Herstellen von gesundheitsschädlichem Futter (StGB 235 ciff. 1 Abs. 2)
Münzverringerung (StGB 243 ciff. 1 Abs. 2)
Fälschung von Ausweisen (StGB 252 ciff. 2)

Die Gewerbsmäßigkeit ist *Tatbestandsmoment* bei:

widernatürlicher Unzucht (StGB 194 Abs. 3)
Zuhälterei (StGB 201)
unzüchtigen Veröffentlichungen (StGB 204 ciff. 1 Abs. 3)
Anlocken zur Unzucht (StGB 206)
Belästigung durch gewerbsmäßige Unzucht (StGB 207)
Dulden gewerbsmäßiger Unzucht (StGB 209)

II. Begriffliche Fassungen

bisheriger Literatur und Rechtssprechung

Aus dem Vorangegangenen erhellt, daß die Gewerbsmäßigkeit überwiegend Strafschärfungsgrund ist, weshalb eine Auseinandersetzung mit diesem Begriff vorab auf dieser Basis geführt werden muß. Aus der Tatsache, daß das schweizerische StGB grundsätzlich auf dem Boden eines Schuldstrafrechts steht, muß aus dem Umstande, daß eine gewerbsmäßige Begehung eine höhere Strafandrohung nach sich zieht, auf einen besonders hohen Grad des Verschuldens, einen besonders intensiven verbrecherischen Willen geschlossen werden. Es muß somit m. a. W. der Begriff der Gewerbsmäßigkeit so ausgelegt werden, daß er dieser Grundtendenz unseres ganzen strafrechtlichen Systems gerecht wird. Dies tun denn auch alle bisherigen Fassungen, die darzustellen und kritisch zu würdigen Aufgabe dieses Abschnittes ist.

A. Ergebnisse deutscher Praxis und Literatur

Da das deutsche Strafrecht die Gewerbsmäßigkeit wie unser Strafgesetzbuch verwendet ¹, ist es gut verständlich, daß sich die schweizerische Praxis, vorab die Berufsgerichte, stark an die von deutscher Doktrin und Judikatur entwickelte begriffliche Umschreibung anlehnte. Demzufolge ist es von erheblichem Interesse, der Auslegung dieses Begriffes an Hand deutscher Literatur und Praxis nachzugehen.

Die deutsche *Judikatur* hatte sich in einer sehr großen Zahl von Fällen mit dem Begriff der Gewerbsmäßigkeit auseinanderzusetzen. In im wesentlichen gleichbleibender Praxis verstand sie darunter die „Absicht des Täters, aus der fortgesetzten Begehung des betreffenden Delikts einen dauernden Erwerb zu ziehen“ ², und verband damit mitunter die Vorstellung einer regelmäßig fließenden Einnahmequelle.³ Dabei wird immer wieder daran festgehalten, daß zu deren Nachweis schon eine Handlung genügen könne, „sofern sie den auf ihre Wieder-

¹ Die Gewerbsmäßigkeit ist strafbarkeitsbegründend in RStGB 284 (Glücksspiel), RStGB 302 lit. e (Wucher), RStGB 361.6 (Prostitution). Die Gewerbsmäßigkeit ist strafferhöhend in RStGB 260 (Hehlerei), RStGB 294 (Wilddiebstahl), RStGB 302 lit. d (Wucher).

² RGE 25.266.

³ Vgl. insbesondere RGE 5.371, 12.391, 25.266, 33.237, 37.281, 37.369, 38.362, 45.427, 51.100, 53.60, 54.230, 55.21, 56.55, 57.367, 58.19, 60.224, 61.148.

holung gerichteten Erwerbswillen bestätigt“⁴; doch werde „die Mehrheit die regelmäßige Erscheinungsform der Gewerbsmäßigkeit“ darstellen.⁵

Umschreibungen gleicher oder ähnlicher Art finden sich auch in der deutschen *Literatur*, die dazu im Rahmen der Diskussion des Kollektivdelikts Stellung nimmt. „Absicht des Täters, sich durch wiederholte Begehung eines Verbrechens eine, wenn auch nicht regelmäßig fließende Einnahmequelle (verschieden von der einmaligen Erlangung eines Vermögensvorteils) zu verschaffen“, versteht darunter v. Liszt.⁶ „Absicht, Begehungen gleicher Art als Einnahmequelle zu benutzen“, definieren Meyer-Allfeld⁷; „Handeln mit der Absicht der Wiederholung zum Zwecke eines Gewinns“, umschreibt Lilienthal.⁸ Uebereinstimmend wird das Vorliegen auch nur einer strafbaren Handlung für den Nachweis einer gewerbsmäßigen Begehung mitunter als genügend erachtet.

Von dieser generellen Linie sind einige wenige Abweichungen zu verzeichnen. So wird, m. E. zu Recht, mitunter die tatsächliche Erzielung eines möglichst hohen Gewinns nicht als begriffswesentlich erklärt.⁹ In einigen Entscheiden finden sich Anhaltspunkte dafür, daß zur Feststellung einer asozialen Gewerbsmäßigkeit das soziale Gewerbe i. S. der vielen Klein- und Mittelhandwerksbetriebe herangezogen wurde.¹⁰ Nach RGE 43.193 seien die entscheidenden Merkmale eines Gewerbebetriebes erfüllt bei einer „steten, geordneten, werbenden Tätigkeit, d. h. einer solchen, die zur dauernden entgeltlichen Verwertung oder Beschaffung eines Einkommens auf Gewinnung, Aufbereitung oder Umsetzung wirtschaftlicher Güter, einschließlich der Leistung körperlicher Dienste...“, abziele. Wachenfeld¹¹ definiert den Begriff als die „Bereitschaft zur Wiederholung zur Schaffung einer Einnahmequelle“ und weist damit erstmalig in

⁴ RGE 12.391.

⁵ RGE 58.19.

⁶ v. Liszt, Lehrbuch 1903 S. 241; 1919 S. 227; v. Liszt-Schmidt 1927 S. 341.

⁷ Meyer-Allfeld, Lehrbuch 1907 S. 350.

⁸ Lilienthal, Abhandlungen, Marburg 1908 S. 27.

⁹ RGE 45.427, vgl. § 5 III, 1.

¹⁰ So v. a. in Entscheiden, wo zufolge der Natur des verletzten Rechtsgutes eine Subsumtion unter den Begriff eines sozialen Gewerbebetriebes ohne weiteres möglich ist, oder wo das asoziale Tätigwerden im Rahmen eines bereits bestehenden sozialen Gewerbes erfolgt: RGE 37.281 (Betrieb einer Privatbriefbeförderungsanstalt); RGE 37.369 (Verbreiten von Werken der Literatur und Kunst); RGE 38.362 (Weinfälschung); RGE 43.193 (gewerbsmäßige Wiedergabe von Tonwerken); RGE 61.148 (Abtreibung).

¹¹ Wachenfeld, Lehrbuch 1914 S. 108.

die Richtung der Annahme einer besondern Gefährlichkeit als einer Ausdrucksform der chronischen Kriminalität.

Halten diese Aeüßerungen noch im wesentlichen an der herrschenden Meinung fest, so distanziert sich davon v. Liszt¹² durch seine „soziologische Auffassung“¹³, die sich auf maßgebliche Erkenntnisse auf dem Gebiete der Kriminalsoziologie gründet. So untersucht er Entwicklungstendenzen und Erscheinungsformen des gewerbsmäßigen Verbrechertums und kommt zu vier Verbrecherkategorien: Den Landstreichern und Bettlern, den Verbrechern gegen Leib und Leben (Raubmörder, Abtreiber), den Betrügern und Dieben, die sich durch eine berufsmäßig ausgebildete Technik und Taktik der Begehung auszeichneten, und den Wucherern und Erpressern. Und in diesem Zusammenhange fordert v. Liszt, daß die Begehung von Verbrechen „die ausschließliche oder doch überwiegende Erwerbsquelle“ zu bilden habe.¹⁴

Eine kurze *Würdigung* dieser komplexen deutschen Judikatur und Literatur ergibt folgendes: Bezüglich der herrschenden Meinung ist festzustellen, daß diese nicht unbedenklich ist, da der Nachweis der im Subjektiven wurzelnden Absicht regelmäßig auf erhebliche Schwierigkeiten stößt. Jene Entscheide, die die asoziale Gewerbsmäßigkeit unter enger Anlehnung an den sozialen Gewerbebegriff zu definieren suchen, zeitigen im konkreten Einzelfalle gute Ergebnisse, doch sind sie allzusehr ihrem Vorbilde in der sozialen Sphäre verhaftet, als daß sie als allgemeine Definition im Rahmen aller diesbezüglich charakterisierten Tatbestände herangezogen werden könnten. Wachenfelds begriffliche Umschreibung dürfte sich kriminalpolitisch günstig auswirken, doch ist sie für eine Anwendung im Rahmen des schweizerischen Strafgesetzbuches deswegen nicht geeignet, da eine Abgrenzung zwischen gewerbsmäßiger Begehung (als einer Spielart der besondern Gefährlichkeit) und dem fortgesetzt begangenen Vermögensdelikt nicht möglich ist. Von Liszt engt durch seine Umschreibung der Gewerbsmäßigkeit deren Anwendungsmöglichkeit sehr stark ein, doch erhielt wohl seine Fassung ihre Berechtigung als entscheidendes Kampfmittel gegen das deutsche Berufsverbrechertum. Es ist aber diese enge Definition „nicht unbedenklich, da eine Abgrenzung im Einzelfall schwierig sei“¹⁴, und da zufolge des „in dubio pro reo“ eine Anwendung wohl nur in Extremfällen in Frage kommen dürfte.

¹² von Liszt, strafrechtl. Aufsätze und Vorträge 1905 II S. 312.

¹³ Vgl. dazu Halter, Z 62 S. 364 f.

¹⁴ von Liszt a. a. O. S. 312.

B. Ergebnisse schweizerischer Praxis und Literatur

Diese deutschen Meinungen, v. a. die im wesentlichen konstante Praxis des deutschen Reichsgerichts, blieben nicht ohne Rückwirkungen auf die schweizerische Literatur und Rechtssprechung, vorab wohl deswegen, weil sie ohne Modifikation auch auf die ungleich viel zahlreicheren gewerbsmäßig qualifizierten Tatbestände des schweizerischen Strafgesetzbuches angewandt werden konnten.

So schließt sich die schweizerische *Literatur* im wesentlichen der herrschenden Meinung der deutschen Literatur und Praxis an. Hafter¹⁵ schreibt: „Die Gewerbsmäßigkeit setzt voraus, daß der Täter Kuppelei betreibt in der Absicht, sich daraus fortgesetzt Einnahmen zu verschaffen, jedoch ohne das Erfordernis, daß diese Einnahmen den einzigen oder einen erheblichen Teil seines Einkommens ausmachen.“ Petrzilka¹⁶ genügt die „Absicht, sich durch die wiederholte Begehung eine Einnahmequelle zu verschaffen“.

Das *schweizerische Bundesgericht* faßte in seinen ersten Entscheiden den Begriff folgendermaßen: „Dieses Merkmal (die Gewerbsmäßigkeit) erfüllt, wer bei Verübung der Tat beabsichtigt, sich durch wiederholte Begehung Einnahmen zu verschaffen; daß der Wille darauf gerichtet sei, die Einnahmen zum einzigen oder doch hauptsächlichsten oder regelmäßigen Erwerb zu machen, ist nicht nötig.“¹⁷ Von dieser begrifflichen Fassung distanzierte sich dann in der Folge dieser Gerichtshof insofern, als er das Kriterium einer „tatsächlichen Vielheit der Begehung“ als unabdingbares, begriffswesentliches Moment statuierte, auf Grund dessen erst die Bereitschaft des Täters ersichtlich sein sollte, in unbestimmt vielen Fällen sich deliktisch vergehen zu wollen in der Absicht, sich dadurch ein haupt- oder nebensächliches, dauerndes oder gelegentliches Erwerbseinkommen zu verschaffen.¹⁸ Diese begriffliche Umschreibung wurde dann noch präzisiert, so, wenn BGE 70 IV 135 mit guten Gründen auch dann Gewerbsmäßigkeit annimmt, wenn der Täter eine Verdienstquelle nicht sich selbst, sondern einem Dritten verschaffen will, oder wenn BGE 71 IV 86 ausführt, daß es unerheblich sei, „ob der Gewerbetreibende mit jedem oder nur mit Leuten bestimmter Kreise

¹⁵ Hafter, Lehrbuch Besonderer Teil 1. Hälfte S. 143.

¹⁶ Petrzilka, Zürcher Erläuterungen zum schweiz. StGB zu § 119, Zürich 1942, ebenso Thormann-Overbeck, Komm. § 119 N. 21, Germann, Verbrechen S. 235; Waiblinger, Z 58 S. 212.

¹⁷ So BGE 68 IV 44; ebenso BGE 69 IV 112, 201.

¹⁸ So BGE 70 IV 17, 135; 71 IV 18, 85, 115; 72 IV 109.

Geschäfte macht“, dagegen ein „kaufmännisches Rechnen, Planen und Organisieren“ nicht erforderlich sei.¹⁹

An diese Praxis des Bundesgerichts lehnt sich nun zumeist die *kantonale Judikatur* an²⁰, wenn auch vielfach Stimmen laut wurden, die für eine engere begriffliche Fassung der Gewerbsmäßigkeit eintraten.²¹ So anerkennt das zürcherische Obergericht m. E. zu Recht, daß vor allem in dem Fall die bisherige Praxis nicht befriedigen könne, wo ein Berufsverbrecher nach Verbüßung seiner letzten Strafe beim ersten neuen Delikt erwischt werde.²² Einige Entscheide stellen auf den sozialen Berufsbegriff ab und erklären als mithin entscheidendes Kriterium, ob der Täter „in seinem verbrecherischen Tätigwerden einen Haupt- oder Nebenberuf“ sehe.²³ Daran anknüpfend will die Presse in einem vielbeachtlichen Artikel darauf abstellen, ob der Täter ein Berufsverbrecher sei und allein davon die erhöhte Strafandrohung abhängig machen.²⁴ Andere Umschreibungen verlangen, daß zu dem subjektiven Erfordernis („Absicht, sich durch fortgesetzte Begehung der Tat eine Einnahmequelle zu eröffnen“) in „objektiver Hinsicht eine Tätigkeit treten müsse, die an die Ausübung eines Gewerbes erinnere“²⁵, „äußere Veranstaltungen“, die darauf hindeuten, daß der Täter „aus dem Betrug ein Gewerbe machen“ wolle.²⁶ In diese Richtung weist auch ein anderer wichtiger

¹⁹ Vgl. meine Auseinandersetzung mit diesem Punkte sub § 9 III.

²⁰ Vgl.: NZZ 30. 3. 1945 Nr. 545; E der thurg. Kriminalkammer vom 20. 1. 1942 i. S. Schilling, abgedr. in RSS 1943 Nr. 73; E der III. Kammer A des zürcher. Obergerichts vom 11. 4. 1946 i. S. Diggelmann, NZZ 17. 4. 1946 Nr. 678; E der III. Kammer A des zürcher. Obergerichts vom 23. 5. 1946 i. S. Niederberger; NZZ 24. 3. 1945 Nr. 513; E des zürcher. Bezirksgerichts 3. Abtlg. vom 28. 3. 1945 i. S. Grisel; NZZ 13. 11. 1945 Nr. 1706; E des thurg. Obergerichts, Kriminalkammer, vom 11. 10. 1943, abgedr. im Rechenschaftsbericht.

²¹ So NZZ 17. 3. 1946 Nr. 455; NZZ 24. 3. 1945 Nr. 513; NZZ 2. 11. 1945 Nr. 1648 (Halter in der kriminalistischen Gesellschaft) und Hafter SJZ 42 S. 354, NZZ 27. 10. 1946 Nr. 1937.

²² NZZ 30. 3. 1945 Nr. 545.

²³ E der III. Kammer A des zcher. Obergerichts von 7. 7. 1943, abgedr. BIZR 1944 Nr. 3, RSS 1945 Nr. 118; ähnlich NZZ 4. 4. 1946 Nr. 582, NZZ 23. 6. 1945 Nr. 979.

²⁴ NZZ 24. 3. 1945 Nr. 513.

²⁵ E der III. Kammer B des zcher. Obergerichts vom 14. 10. 1944, BIZR 1944 Nr. 247. Ähnlich E der II. bern. Strafkammer vom 25. 2. 1944 i. S. Wittwer (ZBJV 1946/304): „Kennzeichnende Äußerungen... sind häufig bestimmte Veranstaltungen, die der Täter im Hinblick auf den Ausbau seiner Straftaten trifft, verbunden mit einer bestimmten ‚Technik‘ des Vorgehens, die sich bewährt hat und ihm leicht zugänglich ist.“

²⁶ E des Basler App. Ger. vom 8. 6. 1943, SJZ 39 S. 523.

Basler Entscheid, der für den Begriff der gewerbsmäßigen Abtreibung eine Reihe von einengenden Momenten verlangt, so u. a. den Besitz eines reichen Instrumentariums, eines eigens eingerichteten Zimmers, verschleierte Reklame.²⁷

Eine *Würdigung* dieser komplexen schweizerischen Praxis führt zu folgendem Ergebnis: Sicherlich ist die bundesgerichtliche Judikatur nicht unbedenklich, zumal in den Fällen, da Vermögensdelikte²⁸ zu beurteilen sind. Da zeigt es sich nämlich, daß eine klare Grenzziehung zwischen dem (in Bereicherungsabsicht begangenen) fortgesetzten Delikt und dem dergestalt umschriebenen, gewerbsmäßig qualifizierten, unmöglich ist. Dies, weil der heutige Stand der Persönlichkeitserforschung eine eindeutige Differenzierung zwischen dem Täter, der auf Grund eines einheitlichen Willensentschlusses stiehlt oder betrügt, und dem, der es in der Absicht tut, sich daraus eine Einnahmequelle zu verschaffen, nicht vornehmen kann. Des weitern vermag die Forderung einer „tatsächlichen Vielheit“ ebenfalls nicht zu befriedigen, weil nicht einzusehen ist, weshalb die Handlung des Täters, der mitunter schon äußere Veranstaltungen getroffen hat, die in die Richtung seiner besondern Gefährlichkeit weisen, in der Folge aber dann schon nach erstem verbrecherischem Tätigwerden erwischt wird²⁹, nicht gleich dem i. S. des Bundesgerichts gewerbsmäßig Handelnden zu qualifizieren ist. Verschuldensmäßig dürfte beider deliktische Tätigkeit nicht derart abweichen, daß eine Subsumtion unter zwei mitunter sehr verschiedene Strafandrohungen sich rechtfertigen würde.

Die kantonale Judikatur suchte denn auch z. T. den Begriff anders zu fassen, fand aber bis anhin noch keine allgemeine Lösung. An dieser Stelle sei v. a. der Versuch gewürdigt, den Begriff unter Anlehnung an „äußere Veranstaltungen“ eines sozialen Gewerbebetriebes zu definieren. Einzelne, den Basler Entscheid betreffend gewerbsmäßiger Abtreibung charakterisierende, begriffswesentliche Momente der Gewerbsmäßigkeit befriedigen vollauf im Rahmen dieses Tatbestandes, da sie alle als Indizien eines erhöhten Verschuldens — der ratio jeglicher Strafschärfung — gewertet werden können, wirken aber allzu kasuistisch, um auch auf andere Tatbestände angewandt werden zu können. Bei den Vermögensdelikten muß vor allem ein derartiger Versuch der begrifflichen Fassung gute Wirkung

²⁷ E des Basler App. Ger. vom 12. 11. 1943, SJZ 40 S. 176, RSS 1944 Nr. 103.

²⁸ Und diese Fälle sind (abgesehen von StGB 119 ciff. 3) wohl die bedeutendsten — Diebstahl, Betrug.

²⁹ Vgl. den von Hafer angeführten Fall — NZZ 27. 10. 1946 Nr. 1937, SJZ 42 S. 354; § 12 A I 5.

zeitigen, indem bei ihnen der Erwerbswille an und für sich Tatbestandsmerkmal ist und deshalb nicht als Indiz eines besonders intensiven verbrecherischen Willens gewertet werden kann. Gerade hier müssen objektive Kriterien berücksichtigt werden, von denen dann die Annahme der Gewerbsmäßigkeit abhängen würde. — Eine Formulierung in dem Sinne, daß nur der Berufsverbrecher der erhöhten Strafandrohung zu unterstellen wäre, kann so lange nicht befriedigen, als Kriminalistik und Kriminalsoziologie diesen Verbrechertypus unter Berücksichtigung der schweizerischen Verhältnisse noch nicht eindeutig umschrieben haben. Es ist aber erste Voraussetzung, zu wissen, wie und mit welchen Mitteln der „schweizerische Berufsverbrecher“³⁰ arbeitet, um obige Definition sinngemäß zur Anwendung zu bringen. Auf die Tendenzen in der kantonalen Praxis, die Gewerbsmäßigkeit durch Anlehnung an eine sozial-berufsmäßige Tätigkeit zu definieren, wird im folgenden noch zurückgekommen werden.

III. Gegenwärtige Tendenzen

Sub III möchte ich zu gegenwärtigen Tendenzen Stellung nehmen. Dies geschieht einmal in der nachfolgenden Auseinandersetzung mit der neuen begrifflichen Umschreibung der Gewerbsmäßigkeit, wie sie Halter fand. Des weitern ist die jüngste Praxis des zürcherischen Schwurgerichts zu würdigen, welches immer mehr zur klassischen Auffassung des zürcherischen Obergerichts und des Bundesgerichts in einen eigentlichen Gegensatz trat. Nach Abschluß dieser Arbeit nahm der Luzerner Staatsanwalt *Halter*³¹ zu diesem ganzen Fragenkomplex Stellung. Seine Erhebungen sind in diesem Zusammenhang kurz zu würdigen. Ausgehend von einer umfassenden Kritik der durch bisherige Literatur und Praxis gefundenen begrifflichen Umschreibungen kommt er zu dem Ergebnis, „daß nur der Gewerbebegriff im weitesten Sinne, in seiner Annäherung an den Begriff Beruf mit gebührender Berücksichtigung des Wirtschaftlichen genügen könne“. Dies erhärtet in der Folge sein Vergleich mit verwandten Begriffen. Wenn auch in diesem Zusammenhange Halter nicht in allen Punkten

³⁰ Die umfassende Darstellung Heindls (Berufsverbrecher 1927) ist sehr aufschlußreich, doch hilft sie nicht darüber hinweg, daß in der Schweiz größtenteils andere Formen akuten, chronischen Verbrechertums herrschen. — Vgl. meine Auseinandersetzung mit der Berufsmäßigkeit sub § 3 IV a. E. und unten III.

³¹ Halter, der Begriff der Gewerbsmäßigkeit Z 52 S. 342 ff.

recht gegeben werden kann³², so deckt sich doch die Grundtendenz mit der in dieser Arbeit vertretenen, nämlich dem Versuch, Momente zur Definierung der Gewerbsmäßigkeit heranzuziehen, die in die Richtung einer allgemeinen und besonderen Gefährlichkeit des Täters weisen. Halter stellt auf Umfang, Planmäßigkeit und Aktivität der Begehung ab, sodann wird eine vermehrte Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung der Betätigung gefordert: „Das Einkommen muß ein mehr oder weniger regelmäßiges sein“.³³ Was diese für Halter begriffswesentlichen Momente anbetrifft, so fanden diese, wenn auch z. T. in anderer Formulierung, in meiner nun folgenden Darstellung Berücksichtigung: Auf die Planmäßigkeit wird jedesmal zu Anlaß der Würdigung des Moments einer organisierten Tätigkeit zurückgekommen werden, während Umfang, Aktivität und wirtschaftliche Bedeutung der Betätigung im Rahmen der „gesteigerten wirtschaftlichen Intensität“ berücksichtigt werden. Dagegen halte ich die Aufnahme des Moments einer berufsmäßigen Tätigkeit als solches in die Umschreibung der Gewerbsmäßigkeit nicht für glücklich.³⁴ Meiner Ablehnung dieses Elements als solchem steht aber nicht entgegen, daß nicht maßgebliche Kriterien des sozialen Berufsbegriffs zur Definierung der Gewerbsmäßigkeit herangezogen werden, sofern sie sich als Indizien eines besonders intensiven verbrecherischen Willens darstellen.

Einen andern interessanten Beitrag zur Frage der Gewerbsmäßigkeit liefert des weitern die jüngste *Praxis des zürcherischen Schwurgerichts*: Es zeigte sich nämlich bald, daß die derart abstrakte Umschreibung des Bundesgerichts in einen eigentlichen Gegensatz zum „gesunden Volksempfinden“ trat, welches in Zürich durch die Rechtsprechung des Schwurgerichts verkörpert wird. Dieses distanzierte sich immer mehr von der bundesgerichtlichen Praxis, indem es sich an den Maßstab hielt, der ihm der Vergleich mit dem komplexen

³² So, wenn Halter an einer „Vielheit der Begehung“, wie sie das Bundesgericht verlangt, festhält (S. 350), oder ein fortgesetztes gewerbsmäßiges Delikt begrifflich ausschließt, da die „Einzelhandlungen“ (der gewerbsmäßigen Tat) in der Regel einen neuen selbständigen Entschluß aufweisen (S. 354/5) und demzufolge sein Begriff sich an das Institut der Wiederholung anlehnt (S. 355/6). — Vgl. zu diesem Punkte meine Ausführungen sub § 6, VI, resp. VII. — Auch kann m. E. nicht angenommen werden, daß es Fälle gewerbsmäßiger Begehung gebe, wo das Element der Erzielung eines Gewinns nicht vorzuliegen brauche, da dieses Moment nicht ein begriffswesentliches Kriterium darstelle (so beim Abtreiber aus Kommiseration) — S. 360, vgl. § 5 III 1 und § 8 I.

³³ Z 62 S. 359.

³⁴ Vgl. meine diesbezügliche Auseinandersetzung zu Anlaß der Diskussion von Seidels Gewerbebegriff sub § 3 IV. — Vgl. ebenso oben II a. E.

Begriff eines „Gewerbes“ zu liefern schien. Dies führte nun zu einer ungleich milderer Rechtssprechung gegenüber dem aus Berufsrichtern zusammengesetzten Obergericht, was sich vor allem darin äußerte, daß an und für sich geständige Angeklagte durch Bestreitung der gewerbsmäßigen Begehung Beurteilung durch das Schwurgericht erwirkten.³⁵ Die Presse griff die Kontroverse auf und forderte von dem Berufsgericht eine dem Rechtsempfinden des Volkes mehr Rechnung tragende, weniger lebensfremde Auslegung des Begriffs.³⁶ Die schwurgerichtliche Praxis läßt nun aber nicht eine klare Formel, einen Schlüssel erkennen, nach dem die Frage der Gewerbsmäßigkeit beurteilt werden könnte. Dies folgt aus der Tatsache, daß die Geschworenenbank bei geheimer Beratung den Wahrspruch zu fällen hat, ohne diesem dann dessen Begründung beizufügen.

³⁵ Vgl. einen Abtreibungsfall, da ein in tatsächlicher Hinsicht geständiger Angeklagter, „dem vor Obergericht 3 Jahre Zuchthaus sicher gewesen wären, nun mit 10 Monaten Gefängnis, bedingt erlassen, davonkommen konnte“. (Tages-Anzeiger vom 20. 9. 1945 Nr. 221.)

³⁶ So die NZZ 4. 1. 1946 Nr. 18: „Die Schwurgerichtsentscheide sollten auch für die Berufsgerichte ein Fingerzeig sein, daß ihre heutige Praxis nicht mit dem Volksempfinden übereinstimmt. Das Volk aber ist Gesetzgeber, seine Auffassung sollte bei Auslegungsfragen mindestens so stark ins Gewicht fallen wie die theoretischen Erwägungen eines Berufsrichters oder gar die Urteilsbegründungen des ehemaligen deutschen Reichsgerichts, die einen starken Einfluß auf die etwas lebensfremde Auslegung geübt hat, die einzelne schweizerische Berufsgerichte dem Begriff der Gewerbsmäßigkeit gegeben haben, ohne davon selbst befriedigt zu sein.“ — Vgl. auch NZZ vom 30. 3. 1945 Nr. 545 und NZZ vom 24. 3. 1945 Nr. 515. — Interessant ist in diesem Zusammenhange nun ein neuester Entscheid des zürcher. Obergerichts (E vom 30. 10. 1947, BIZR 46 [1947] Nr. 104), der sich nunmehr an die Praxis des zürcher. Schwurgerichts anlehnt und sich von der bundesgerichtlichen Judikatur distanziert: „Die III. Kammer A folgt der bundesgerichtlichen Rechtssprechung, die praktisch jede fortgesetzte Diebstahlsverübung, durch die der Täter sich einen zusätzlichen oder den alleinigen Verdienst verschafft, zur gewerbsmäßigen stempelt, nicht. Mit ihrer engen Auslegung dieses Begriffs steht auch die Praxis des zürcher. Schwurgerichts im Einklang... In der Rechtssprechung des Bundesgerichts liegt eine vom Gesetzgeber nicht gewollte Schlechterstellung des Diebes gegenüber andern Rechtsbrechern, die sich gegen das Vermögen vergehen.“ Vgl. im einzelnen § 9, V. Anm. 18.

ALLGEMEINER TEIL

§ 2. Grundlegung

I. Allgemeines

Nachdem im Vorangegangenen die bisherigen Ergebnisse von Literatur und Praxis gewürdigt wurden, ist nun im folgenden zu versuchen, die Definition der Gewerbsmäßigkeit neu zu fassen. Dabei möchte ich versuchen, mich in meinem Vorgehen stark an die jüngste schwurgerichtliche Praxis anzulehnen, die als Vergleichsbasis zur Feststellung eines asozial gewerbsmäßigen Handelns den sozialen Gewerbebegriff heranzuziehen scheint, in welche Richtung ja bereits die grammatikalische Interpretation als ein „Handeln gemäß eines Gewerbes“ weist. Hierbei ist nun aber nicht, wie RGE 43.193 dies tut, auf eine wissenschaftliche Umschreibung abzustellen, sondern auf den Gewerbebegriff des allgemeinen Sprachgebrauches. Die so gefundene Definition ist dann aber auf ihre kriminalpolitische Brauchbarkeit hin zu überprüfen, denn die ganze Konstruktion hätte ja keinen Sinn, wenn sie sich nicht organisch in das ganze System einer allgemeinen Verbrechensbekämpfung einbauen ließe. Die ganze Entwicklung der begrifflichen Umschreibung geschieht demzufolge unter Berücksichtigung von Momenten, die an ein erhöhtes Verschulden des Täters anknüpfen, um den so gefundenen Begriff für die Strafzumessung als geeignet erscheinen zu lassen. Dabei ist es in diesem Zusammenhange unmöglich, anders als auf Grund einiger objektiver Gegebenheiten Rückschlüsse auf einen besonders intensiven verbrecherischen Willen ziehen zu können, eine Tatsache, die ebenfalls bestimmenden Einfluß auf die Ausgestaltung der begrifflichen Fassung hat. — Ist in diesem Sinne die Definition der Gewerbsmäßigkeit gefunden, wird ihre Anwendbarkeit auch für die Fälle überprüft werden müssen, in denen sie Tatbestandsmerkmal ist, da der Gesetzgeber m. E. einen einheitlichen Begriff für alle in Frage kommenden Tatbestände angewandt wissen will.

So will denn eigentlich die vorliegende Arbeit versuchen, mittels der Betrachtungsweise, wie sie der schwurgerichtlichen Praxis zu-

grunde zu liegen scheint, eine neue Definition zu finden: Sie nimmt ihren Ausgangspunkt im sozialen Gewerbebegriff des täglichen Lebens und präzisiert ihn für kriminalpolitische Belange. Diese ganze Methodik der Entwicklung einer Umschreibung der asozialen Gewerbsmäßigkeit macht es nun unumgänglich, sich ziemlich breit mit dem sozialen Gewerbebegriff auseinanderzusetzen, da keine der bisherigen Umschreibungen ohne weiteres in die soziale Sphäre „projiziert“ werden kann, ohne zu Unzukömmlichkeiten zu Anlaß ihrer Anwendung im Rahmen des StGB zu führen.

II. Gewerbe und Gewerbsmäßigkeit im Rahmen der heutigen Wirtschaftsordnung

Summarisch sei an dieser Stelle kurz auf die Bedeutung dieser beiden Begriffe im Rahmen der heutigen Wirtschaftsordnung hingewiesen, um in diesem Zusammenhange Rückschlüsse bezüglich der Willensdisposition des gewerbsmäßig Handelnden zu ziehen. — BV 31 sieht prinzipiell die Handels- und Gewerbefreiheit vor. Dies ist ein Ausfluß des liberalen Gedankens, der im freien Spiel der wirtschaftlichen Kräfte (dem *laissez faire et laissez aller*) eine Garantie für das Wohl aller erblickt. Einer extensiven Auslegung zufolge, um zu verhindern, daß auf Grund von BV 31 Sonderrechte für den Stand der Gewerbetreibenden begründet werden können, will Fleiner in diesem Zusammenhange darunter „jede auf Erwerb gerichtete private Tätigkeit“ subsumiert wissen.¹ Daraus folgt nun mit aller Deutlichkeit als zentrales Kriterium für jegliches gewerbsmäßiges Handeln i. w. S. die Willensdisposition, sich durch Tätigwerden in bestimmter Art und Weise Einnahmen zu verschaffen, vorab um den Lebensunterhalt zu decken und, darüber hinaus, den Lebensstandard zu heben. Dies ist die entscheidende Triebfeder; aus ihr kann nun gefolgert werden, daß jeder in der Regel nun dort sein Kapital, seine körperlichen oder geistigen Kräfte einsetzen wird, wo er bei geringstem eigenem Aufwand eine größtmögliche Rendite erzielt (sogenanntes ökon. Prinzip). — Der Staat verhält sich nun diesem Tätigwerden des Einzelnen gegenüber grundsätzlich passiv, so daß dieser nach eigenem Gutdünken schalten und walten kann, wie immer es der wirtschaftliche Konkurrenzkampf erfordert.

¹ Fleiner, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Tübingen 1923, S. 377.
Vgl. § 3, III.

Die Erfahrung lehrt, daß schrankenlose Freiheit zu Anarchie, zur Zertrümmerung jeglichen geordneten Zusammenlebens führt. So sind auch hier Schranken gesetzt, dies einerseits durch privat-² und öffentlich-rechtliche³ Beschränkungen, anderseits aber auch durch Sanktionen strafrechtlicher Art, was m. E. unter anderem als die Absicht des Gesetzgebers, denjenigen schärfer zu bestrafen, der aus der Begehung von Verbrechen „ein Gewerbe“ macht, dargestellt werden könnte. Konsequent wäre diesem Gedanken allerdings nicht stattgegeben, denn eine diesbezügliche Qualifikation findet sich nicht im allgemeinen Teil des StGBs, sondern nur im Rahmen einiger Delikte des besonderen Teils. Der Staat würde demnach einen derartigen Verbrecher wegen der gleichzeitigen Verletzung zweier Normen bestrafen: erstens wegen des im konkreten Einzelfall verletzten Rechtsgutes und zweitens wegen unerlaubter Gewerbetätigkeit. Auch von diesem Gesichtspunkte aus betrachtet würde sich eine schärfere Bestrafung des gewerbsmäßig Handelnden rechtfertigen. Der Staat überläßt das gesamte Wirtschaftsleben grundsätzlich dem freien Spiel der Kräfte; verstößt jemand deliktisch gegen die BV 31 einengenden Beschränkungen, dann soll mit der vollen Schärfe des Gesetzes vorgegangen werden können.

III. Versuch einer grammatikalischen Interpretation

Ausgangspunkt der Auslegung jeder begrifflichen Umschreibung bildet die sogenannte grammatikalische Interpretation, derzufolge vorerst einmal versucht werden muß, unter engster Anlehnung an den vom Gesetzgeber gebrauchten Wortlaut, eine objektive Umschreibung zu finden. Dieses Vorgehen drängt sich auf, da an keiner Stelle des schweizerischen StGBs sich eine Legaldefinition oder auch nur ein Hinweis findet, wie der Begriff der Gewerbsmäßigkeit zu umschreiben sei. Eine diesbezügliche Untersuchung führt nun dazu, daß darunter ein „Handeln gemäß eines Gewerbes“ zu verstehen sei. Die romanischen Fassungen scheinen in dieselbe Richtung zu weisen durch ihre Formulierungen eines „faire métier de“ und „far mestiere di“. Eine Definition, die dieser grammatikalischen Umschreibung wohl am nächsten kommt, gibt Prof. Zürcher: „*Gewerbsmäßig begangen ist ein Vergehen, wenn der Täter aus der Begehung der*

² Z. B. die Beschränkungen der Privatautonomie durch OR 19 und 20 (Widerrechtlichkeit und Handeln wider die guten Sitten).

³ Z. B. Einführung der Bewilligungspflicht, Beschränkung der Freizügigkeit.

Handlung ein Gewerbe macht oder eine wiederkehrende Einnahme zieht oder zu machen oder zu ziehen beabsichtigt.“⁴ Dem Vergleich der asozialen Gewerbsmäßigkeit mit dem eines sozialen Gewerbes ist danach etwa folgendes zu entnehmen: Ein Delinquent reiht Vergehen an Vergehen, um Einnahmen zu erzielen, und zwar tut er dies nun nach der Art eines Gewerbes; denn es ist klar, daß nicht jeder Erwerb gemäß eines Gewerbes, gewerbsmäßig erzielt wird. Es drängt sich damit in diesem Zusammenhange die Frage nach dem Begriff des sozialen Gewerbes auf, denn vorläufig ist ja erst eine Unbekannte durch eine andere ersetzt. Diesen Untersuchungen kommt insofern große Bedeutung zu, als je nach der Umschreibung, die dem sozialen Gewerbebegriff gegeben wird, sich direkte Rückwirkungen auf die Definition der asozialen Gewerbsmäßigkeit ergeben. Die Grundlage einer diesbezüglichen Auseinandersetzung muß wieder der Versuch darstellen, durch grammatikalische Interpretation eine Umschreibung des komplexen Begriffes „Gewerbe“ zu finden. Etymologisch betrachtet steckt in diesem Worte das Verbum „werben“.⁵ Dieses besagt in seiner althochdeutschen Bedeutung ein „Sichdrehen, Hin- undhergehen, Sichumtun, Bemühen, Etwasbetreiben, Ausrichten“, also lauter Umschreibungen, die ganz allgemein ein Tun, ohne etwas Näheres über dessen Zielsetzung auszusagen, ausdrücken. Somit erbringt diese Auslegung nur ein Bruchstück dessen, was man heute darunter versteht.

Es muß daher nun im folgenden versucht werden, auf anderem Wege den sozialen Gewerbebegriff nach allgemeinem Sprachgebrauch so zu definieren, daß er, in die asoziale Sphäre übertragen, den an ihn gestellten kriminalpolitischen Erfordernissen gerecht wird. Dabei stößt man auf eine erste Schwierigkeit, da eine auch für strafrechtliche Belange brauchbare allgemeine Umschreibung des Gewerbes fehlt, so daß vorerst einmal die gebräuchlicheren Gewerbebegriffe diskutiert und analysiert werden müssen, um nachher eine im Rahmen des StGBs verwendbare Definition der Gewerbsmäßigkeit zu finden.

⁴ So Prof. Zürcher in den Verhandlungen der 2. Expertenkommission VIII, Oktober 1915, S. 215. Der Nachsatz in dieser Definition hält allerdings einer kritischen Beleuchtung nicht stand, da in der Zugrundelegung dieser Umschreibung sich fortgesetzte und gewerbsmäßige Begehung von Vermögensdelikten nicht unterscheiden ließen. Zur Unterstreichung dieses begriffswesentlichen Kriteriums sei der Nachsatz trotzdem in diesem Zusammenhange erwähnt.

⁵ S. Kluge und Goetz, Etymolog. Wörterbuch der deutschen Sprache, Berlin und Leipzig 1943.

Erstes Kapitel: Der soziale Gewerbebegriff

§ 3. Katalog der gebräuchlichen Gewerbebegriffe

Im Anschluß an die sub § 2 gewonnenen Erkenntnisse werden im Rahmen von § 3 die gebräuchlichsten Gewerbebegriffe angeführt und kurz diskutiert werden im Hinblick auf ihre Anwendbarkeit zur spätern Entwicklung des Begriffs der asozialen Gewerbsmäßigkeit.

I. Der Gewerbebegriff des § 52 HRegV

Die Handelsregisterverordnung vom 7. 6. 1937 kennt in ihrem Art. 52 eine Umschreibung des Begriffes Gewerbe, den sie definiert als „*eine selbständige, auf dauernden Erwerb gerichtete wirtschaftliche Tätigkeit*“. Zerlegt man diese Definition in die einzelnen begriffswesentlichen Elemente, dann kommt man zu folgender Darstellung:

1. *Das Element der Selbständigkeit*: Es wird eine unabhängige Tätigkeit gefordert, und zwar in dem Sinne, als z. B. ein Schreinermeister von seinem „Gewerbe“ sprechen kann, ein Buchhalter dagegen nur im Rahmen eines Betriebes erscheint (etwa einer Transportunternehmung oder eines Bierbrauergewerbes). Man wird daher nie von einem Buchhaltergewerbe sprechen können, da diesem das Moment der Selbständigkeit abgeht. Aus diesen Erwägungen, die oftmals eine klare begriffliche Abgrenzung zum verwandten Berufsbegriff ermöglichen, drängt sich eine Aufnahme dieses Moments in die Umschreibung eines allgemeinen sozialen Gewerbebegriffs auf. Für die besondere Frage der Brauchbarkeit dieses Kriteriums im Rahmen der entsprechenden asozialen begrifflichen Fassung ist auf § 5 I zu verweisen.

2. *Das zeitliche Element*: Damit wird eine auf dauernden Erwerb gerichtete Tätigkeit gefordert, d. h. es wird auf einen einheitlichen Willensentschluß hingewiesen, während einer längeren Zeitspanne zum Zwecke des Erwerbs tätig zu werden, um sich dadurch den Lebensunterhalt oder doch dessen maßgeblichsten Teil für längere Zeit zu sichern. Strafrechtlich beleuchtet, weist dieses Element in

die Richtung der besondern Gefährlichkeit des Täters, was für die Qualifikation eines erhöhten Verschuldens besonders geeignet ist.¹

3. *Das Erwerbsmoment* steht immer im Mittelpunkt jeder Umschreibung des Gewerbebegriffes. Die Gewinnziehung aus eigener Tätigkeit ist das maßgeblichste Motiv jeden wirtschaftlichen Tätigwerdens. Auf ihm beruht unser ganzes Wirtschaftssystem.

4. *Das wirtschaftliche Element* muß wohl in dem Sinne vorliegen, als sich die durch obige Momente umschriebene Tätigkeit in irgendeiner Art und Weise in das Wirtschaftsleben eines Landes einflechten muß. Wirtschaftlichkeit eines Gewerbes in objektivem Sinne ist m. E. nicht darunter zu verstehen, denn man wird wohl kaum einem Betrieb die Gewerbequalität absprechen können, der ein Geschäftsjahr negativ abgeschlossen, also unökonomisch gearbeitet hat. — Subjektiv verlangt dieses Element eine Willensdisposition des Täters, bei minimalem Aufwand einen maximalen Erfolg erzielen zu wollen, d. h. eine *Bejahung des ökonomischen Prinzips*. Da dieses Kriterium gleich dem Erwerbsmoment für jeden im Rahmen der heutigen Wirtschaftsordnung Tätigen charakteristisch ist, muß es auch einen integralen Bestandteil jedes Gewerbebegriffes ausmachen.

5. *Das Element einer Tätigkeit* wird im Sinne eines positiven Tätigwerdens im Gegensatz zu Duldung oder Unterlassung verlangt. Dieses Kriterium folgt, wie sub § 2 III gezeigt wurde, bereits aus der etymologischen Herkunft des Wortes „Gewerbe“.

Wie schon aus der zitierten Gesetzesstelle hervorgeht, handelt es sich hier um eine Definition technischer Natur, zugeschnitten auf die besondere Bedeutung, die diesem Begriff im Rahmen dieser Verordnung zukommt. Nichts deutet aber nun darauf hin, daß der Gesetzgeber des Strafgesetzbuches nun gerade diesen Begriff als Vergleichsbasis für die Konstruktion einer Definition der Gewerbsmäßigkeit angewendet wissen will; vielmehr soll das „Gewerbe“ in einem ganz allgemeinen Sinn zum Vergleich herangezogen werden, in einem Sinn, den man ihm im täglichen Leben gibt. Der in der HRegV umschriebene Gewerbebegriff könnte zwar auch zur Umschreibung der asozialen Gewerbsmäßigkeit verwendet werden; rein formal steht dem nichts im Wege. Es handelt sich aber nun darum, einen Gewerbebegriff zu finden, der auch kriminalpolitischen Erwägungen Rechnung trägt. In diesem Zusammenhange ist festzustellen, daß, wenn für die Gewerbsmäßigkeit auch die Momente der Selbständigkeit, des dauernden Erwerbs und der wirtschaftlichen

¹ Im folgenden wird auf dieses Kriterium jeweils unter dem Hinweis auf eine „gesteigerte wirtschaftliche Intensität“ zurückgekommen werden.

Tätigkeit gefordert würden, man einen viel zu großen Personenkreis mit härterer Strafandrohung treffen würde; denn alle diese Kriterien weisen noch nicht mit aller Deutlichkeit auf eine psychische Eigenart des gewerbsmäßig handelnden Täters hin, die die schärfere Strafandrohung rechtfertigte. Dies erhellt vorab an den Tatbeständen des gewerbsmäßigen Betrugs und des gewerbsmäßigen Diebstahls, wo für das Grunddelikt bereits ein Handeln in Bereicherungsabsicht verlangt wird. Würde dieser Betrachtung obige Umschreibung zugrunde gelegt werden, dann könnten fortgesetzte und gewerbsmäßige Tat begrifflich voneinander nicht unterschieden werden. Diese Ueberlegungen führen zu einer generellen Ablehnung dieser begrifflichen Umschreibung, dagegen wurden in diesem Zusammenhange Elemente gefunden, die für die Charakterisierung einer sozialen wie asozialen Gewerbsmäßigkeit geeignet sind.

II. Der Gewerbebegriff im produktionstechnischen Sinne

Die im Sinne eines objektiven Gewerbebegriffs gegebene Umschreibung als „Produktionszweige, in denen mittels Bearbeitung von Werkstoffen Sachgüter hergestellt werden“², muß vorerst subjektiv formuliert werden als „*diejenige produktive Tätigkeit, in der mittels Bearbeitung von Werkstoffen Sachgüter hergestellt werden*“. — Wie aus der Definition hervorgeht, scheint nicht mehr der Erwerb als solcher im Mittelpunkt zu stehen, sondern vielmehr das Produktionsmoment. Der enge Zusammenhang dieser beiden Begriffe geht aber mit aller Deutlichkeit aus dem Motiv hervor, daß zu eigener Bedarfsdeckung produziert wird.

Offensichtlich hat dieser Begriff die zahlreichen Mittel- und Kleinhandwerksbetriebe im Auge, die, wie etwa der Schuster, aus der Bearbeitung von Werkstoffen Sachgüter herstellen, und nur die

² Vgl. Wick/Oswald, Der kleine Merkur, S. 32. Aehnliche Umschreibungen in:

1. Elster, Wörterbuch der Volkswirtschaft, S. 118: „...der Teil der Produktion, der der Hervorbringung von Gütern im Wege der Stoffumwandlung dient...“
2. Sacher, Staatslexikon, S. 686: „...derjenige Teil der Güterherstellung (Produktion), der auf Formveränderung oder Veredelung von Rohstoffen beruht...“
3. Elster/Weber/Wieser, Handwörterbuch der Staatswissenschaften: „...derjenige Teil der Produktion, welcher in der Formveränderung von Rohstoffen besteht...“

Im engsten Sinne werden dann unter Gewerbe nur das Kleinhandwerk sowie die kleinern und mittleren Betriebe verstanden (Wick/Oswald a.a.O. S. 32; Handbuch der schweizerischen Volkswirtschaft Bd. I S. 523).

Größe eines solchen Betriebs würde den Unterschied zum Begriff des Industrieunternehmens darstellen. Somit handelt es sich hier um einen ganz speziellen Gewerbebegriff, der nur einen ganz kleinen Teil dessen, was im normalen Sprachgebrauch unter „Gewerbe“ verstanden wird, umfaßt, denn alle Zwischenhändler, Detaillisten, die ihre Ware unverändert veräußern, fallen nicht unter diesen Gewerbebegriff.

Diese Umschreibung kann bei der Begriffsbestimmung der asozialen Gewerbsmäßigkeit nicht weiterhelfen, weil sie viel zu speziell ist; denn was hat wirtschaftliche Produktion mit um des Erwerbs willen begangenen Verbrechen gemein außer dem Motiv der eigenen Bedarfsdeckung? Und allein darauf die schärfere Bestrafung folgen zu lassen, wäre sinnlos, denn auch hier könnte keine klare Grenzlinie gezogen werden zwischen fortgesetztem Diebstahl oder Betrug und dem gewerbsmäßig qualifizierten Tatbestand, was untragbare Auswirkungen bezüglich der Festsetzung des Umfangs des Strafrahmens hätte (im einen Falle Gefängnis oder Zuchthaus bis zu 7½, im andern Zuchthaus bis zu 10 Jahren). Die Feststellung, die schon sub I gemacht werden mußte, nämlich daß es sich um eine Definition technischer Natur handelt, gilt in noch höherem Maße hier. Das Kriterium des Erwerbs als einzigen Grund erhöhter Strafandrohung anzunehmen, ist untragbar und kann unmöglich der ratio legis entsprechen.

III. Die Definition von Fleiner

Die Umschreibung „*Gewerbe ist jede auf Erwerb gerichtete private Tätigkeit*“³, erklärt sich in dem Zusammenhange, in dem sie angeführt wird, nämlich im Rahmen von BV 31. Ausgehend vom Gedanken des wirtschaftlichen Liberalismus, suchte Fleiner jegliche privatwirtschaftliche Tätigkeit vor staatlichem Zugriff zu schützen. Die dem täglichen Leben entnommene begriffliche Umschreibung knüpft nun aber nicht an diesen derart weit gefaßten Personenkreis an, sondern versteht darunter eine bestimmte Gruppe, von der vorab alle unselbständig Erwerbenden ausgeschlossen sind. Für eine Uebernahme in die asoziale Sphäre ist obige Definition gleich dem Gewerbebegriff im produktionstechnischen Sinne nicht geeignet, weil die Erwerbsabsicht allein ein deliktisches Verhalten noch nicht in dem Sinne qualifiziert, daß ein allein daran anknüpfender höherer Strafrahmen sich rechtfertigen würde. Im einzelnen ist auf das sub II Erwähnte zu verweisen.

³ Fleiner, S. 377.

IV. Die Definition von Seidel

„Gewerbe ist jede erlaubte, auf Erwerb gerichtete und berufsmäßig ausgeübte Privat-Tätigkeit“.⁴ Zerlegt man auch diese Definition in ihre einzelnen begriffswesentlichen Bestandteile, dann kommt man zu folgendem:

1. *Das Element einer „erlaubten“ Tätigkeit:* Damit will m. E. gesagt sein, daß Gewerbequalität nach dieser Definition nur dann vorliege, wenn die Tätigkeit vom Staate gebilligt werde. Dieser Annahme steht aber der Sprachgebrauch dieses Begriffes entgegen, der u. a. auch ein Wilderer- und ein Abtreibergewerbe kennt.

2. *Dem Erwerbsmoment* kommt, wie bereits a. a. O. gezeigt wurde, entscheidende Bedeutung zu.

3. *Das berufsmäßige Element* taucht erstmals zu Anlaß dieser Definition auf. Damit will gesagt sein, daß ein Gewerbe nach der Art eines Berufes ausgeübt sein müsse; so umfasse z. B. ein Schreiner-gewerbe hauptsächlich Schreiner, das sind Leute, die sich durch spezielles Tätigwerden auf dieser Branche Vermögensvorteile zu erlangen suchen; hauptsächlich, da z. B. bei größern Betrieben auch andere Berufsarten in ein Schreinerergewerbe eingeflochten sein können (Buchhalter, Verkäufer, Handlanger u. a. m.).

Unterwirft man diese Definition einer kurzen Kritik, so erkennt man, daß neben dem Hauptmoment des Erwerbs und dem für eine asoziale Umschreibung belanglosen Moment einer erlaubten Tätigkeit erstmals das Kriterium einer Berufsmäßigkeit hinzutritt, das der ganzen Begriffsbestimmung, v. a. in strafrechtlicher Beleuchtung, eine neue Färbung verleiht: Verband man vorher mit dem Begriff

⁴ Keel, Juristische Terminologie, Zürich 1939, S. 108.

Aehnliche Umschreibungen in:

1. Sacher, Staatslexikon S. 686, wo das Gewerbe vom Standpunkt des einzelnen wirtschaftenden Menschen betrachtet wird als eine „berufsmäßig ausgeübte wirtschaftliche Tätigkeit, die nur den einen wesentlichen Zweck hat, zu erwerben“.
2. Elster / Weber / Wieser, Handwörterbuch der Staatswissenschaften, S. 966: „... jede bestimmte, berufsmäßig ausgeübte Tätigkeit zum Zwecke des Gütererwerbs“.
3. ZBJV 64 S. 269: „Eine Unternehmung wird dann als gewerbsmäßig betrachtet, wenn sie ihre Tätigkeit als Gewerbe im wirtschaftlichen Sinne ausübt, d. h. wenn eine berufsmäßig ausgeübte Tätigkeit zum Zwecke des Erwerbs vorliegt.“
4. Halter, Umstrittene Gewerbsmäßigkeit, NZZ 2. 11. 1945 Nr. 1648: „Unter Gewerbe wird die dauernde, auf Gewinn gerichtete, berufsmäßige Erwerbstätigkeit verstanden“.

eines „Handelns gemäß eines Gewerbes“ die Vorstellung im Rahmen einer gewissen Organisation, als was sich das „Gewerbe“ im konkreten Einzelfall darstellt, so präzisiert die Hinzufügung der Berufsmäßigkeit das Handeln des Einzelnen dahingehend, als er im Rahmen eines Berufes tätig sein müsse. Uebertragen in die asoziale Sphäre würde das etwa heißen, daß es sich beim Täter um einen berufsmäßigen Verbrecher handeln müsse, dessen Beruf in einer speziellen Technik und Taktik der Begehung bestünde, angespornt durch den Willen, sich zu bereichern.

So einleuchtend auf den ersten Blick die Aufnahme des Moments der Berufsmäßigkeit in die Umschreibung der Gewerbsmäßigkeit scheint, so sind doch Einwendungen sachlicher Natur dagegen zu machen: Bezüglich des sozialen Gewerbebegriffes ist festzustellen, daß das berufsmäßige Moment nicht glücklich ist, um die Gewerbetätigkeit zu definieren, da beide Begriffe sich in vielen Fällen decken; ferner, daß die Sache da problematisch zu werden beginnt, wo jemand gleichzeitig mehrere Gewerbe betreibt: z. B. der Landwirt, der zugleich einer Wirtschaft vorsteht und daneben noch Milch verführt. Oder wie verhält es sich bei einem Kleinhandwerker, der in seiner Freizeit künstlerisch tätig ist und aus letzterer Tätigkeit mehr Einnahmen erzielt als aus ersterer? Des weiteren ist zu bemerken, daß sehr oft nicht die Hauptbeschäftigung, aus der die zum Lebensunterhalt nötigen Mittel gezogen werden, als „Beruf“ angegeben wird, sondern die Beschäftigung, die man einem Außenstehenden kundbar machen will, der Beruf, mit dem man sich schmeicheln will; man denke z. B. an den Rentier, der sich als Kunstmaler ausgibt, bloß weil er hie und da Bilder malt.

In die Welt des Asozialen „projiziert“, würde obigem der berufsmäßige Verbrecher, der Berufsverbrecher, entsprechen, der sich in der Begehung von Verbrechen derart spezialisiert hat, daß er dadurch den Lebensunterhalt oder doch dessen maßgeblichsten Teil erwirbt. Dieser Typus von Verbrechern, die die Begehung von Verbrechen sozusagen als Lebensaufgabe betrachten⁵, kommt im Auslande, vor allem in den Großstädten, häufig vor, in der Schweiz ist er aber sehr

⁵ Vgl. Heindl, Berufsverbrecher, wo dieses Problem vor allem im Hinblick auf die Sicherungsverwahrung behandelt wird. S. 167: „Wer das Verbrechen als Lebensaufgabe betrachtet, wer es zum Berufe wählt, wer das Risiko des Verbrechens in Kalkulation stellt und auf sich nimmt, wer die ehrliche Arbeit völlig eingestellt hat, sofern er sie je getrieben hat...“ (aus einem Briefe des engl. Richters Sir Alfred Wills). — Des weitern vgl. über die Problematik dieses Begriffs Gentz, Berufsverbrecher, und die Referate von Exner und Hagemann, Berufsverbrecher und seine Bekämpfung. — Vgl. § 1 II a. E., § 1 III.

selten, wenn nicht gänzlich unbekannt. Und nun kann es nicht in der Absicht des Gesetzgebers liegen, eigens für einen sozusagen ausschließ-lich in ausländischen Großstädten vorkommenden Verbrechertyp be-sondere Strafschärfungsbestimmungen aufzustellen.

Vor allem aus letzterem Grunde möchte ich die Aufnahme eines berufsmäßigen Elements in die Definition des Gewerbes und damit der Gewerbsmäßigkeit ablehnen. Würde man obiges Kriterium für den Begriff der Gewerbsmäßigkeit als erheblich erklären, so würde in der Schweiz ein viel zu geringer Personenkreis der höhern Straf-androhung unterliegen.

V. Die Definition nach ZBJV 66, S. 277

*„Ein Gewerbe ist vorhanden bei einer organisierten, dauernden wirtschaftlichen Tätigkeit, welche einen Umsatz (jährliche Rohein-nahme) mit sich bringt, nicht aber notwendigerweise auch einen Ge-winn bezweckt“.*⁶ Auf was in diesem Zusammenhang besonders hin-zuweisen ist, ist das hier erstmalig auftauchende Element einer organi-sierten Tätigkeit. Dieses Moment ist sicherlich typisch für jeden sozial gewerbsmäßig Tätigen, eignet sich aber auch sehr gut für die ent-sprechende asoziale Umschreibung, da auch dieses Kriterium als ein Indiz für die Absicht, sich wiederholt um des Erwerbes willen ver-brecherisch zu betätigen, gewertet werden kann. Zumindest geht aber Planmäßigkeit, also eine vorsätzliche Handlungsweise daraus hervor, die im klaren und umsichtigen Denken eines Unternehmers auf der sozialen Seite seine Parallele findet.

VI. Die Charakterisierung durch die bundesgerichtliche Praxis im Rahmen von SchKG 92 ciff. 3

Die bundesgerichtliche Praxis zu SchKG 92 ciff. 3 (unpfändbare Objekte und Forderungen)⁷ weist auf die Unterscheidungsmerkmale

⁶ Dem Nachsatz, daß nicht notwendigerweise auch ein Gewinn bezweckt sein müsse, kommt m. E. nur geringe Bedeutung zu; gemeint werden wohl charita-tiven Organisationen angeschlossene Landwirtschaftsbetriebe oder landwirt-schaftliche Gewerbe von Strafanstalten sein, die zum Zwecke der Selbstver-sorgung ins Leben gerufen wurden und denen der Verfasser obiger Definition wegen Fehlens des Moments der Gewinnerzielung nicht die Gewerbequalität absprechen wollte. Auf diesen speziellen Fall zugeschnitten muß ihm recht gegeben werden, für die Konstruktion eines für strafrechtliche Belange brauch-baren Gewerbebegriffs ist aber dieses Moment unwesentlich, da im Mittel-punkt einer solchen Umschreibung immer das Moment des Erwerbs, der Ge-winnziehung ist. Ebenso Diez, S. 139.

zwischen den verwandten Begriffen Beruf und Gewerbe hin, woraus wesentliche Erkenntnisse gezogen werden können. Danach wird ein Gewerbe da angenommen, wo nicht mehr „einzig die persönliche Arbeitskraft des Schuldners mit den für deren Betätigung erforderlichen Mitteln eingesetzt wird und die handwerksmäßige Ausübung bestimmter persönlicher Fertigkeiten und Kenntnisse in Frage kommt, sondern wo daneben noch *mechanische Hilfsmittel* in größerem Umfange, welche ein kapitalistisches Element darstellen, oder fremde, gemietete Arbeitskraft oder elementare Naturkräfte verwendet werden“.⁷ Damit wird vor allem auf die Erscheinung unserer Wirtschaftsordnung hingewiesen, wo *Kapital*, verstanden als eine „*werbende, der Einkommensbildung gewidmete Geldsumme*“ verwendet⁸ wird, vor allem dazu verwendet wird, — und dies ist in diesem Zusammenhang von entscheidender Bedeutung — daß es angelegt, investiert wird in sog. „*produzierten Produktionsmitteln*“.⁹ Dies ist die Umschreibung für alle zum Zwecke produktiven Tätigwerdens angeschafften Maschinen, Werkzeuge, Instrumente, mechanische Hilfsmittel, Lagerräume, Vieh u. a. m., somit alles Dinge, die einmal produziert wurden und nun zum Zwecke der Güterherstellung oder allgemein zu Erwerbstätigkeit verwendet werden.

In die asoziale Sphäre übertragen, gewinnt man durch dieses Kriterium die Möglichkeit einer Feststellung eines Indizes für die besondere Gefährlichkeit. Dies weniger zufolge des Einsatzes von Kapital als solchem — zu denken wäre etwa an den Fall, da der Täter jeweils durch Hingabe eines Geldbetrages an den Pfortner sich offene Türen

⁷ So BGE 23 133 und 168; 27 I 98; 30 I 124 u. a. Zusammenstellung siehe Jaeger, SchKG, Komm. zu Art. 92 sowie die Ergänzungsbände mit reicher Kasuistik. — SchKG 92.3: „Unpfändbar sind die dem Schuldner und seiner Familie zur Ausübung ihres Berufes notwendigen Werkzeuge, Gerätschaften, Instrumente und Bücher.“

⁸ So Saitzew, Kapital, der diese Definition Carl Mengers diskutiert (S. 174 ff.) und erweitert als „das werbenden Zwecken dienende Geld (einschließlich der sonstigen Zahlungsmittel), in dem die Kaufkraft des Unternehmers, die ihm zur Verfügung stehende (potentielle) bzw. die von ihm realisierte (kinetische) Macht, die Verfügungsgewalt des Unternehmers, seine Geltung in der modernen Wirtschaftsorganisation zum Ausdruck gelangt (Kapitalgüter)“ (S. 178).

⁹ Nach alter nationalökonomischer Terminologie verstand man unter „produzierten Produktionsmitteln“ Kapital i. S. von „Produktivkapital“ und unterschied davon das Kapital i. S. von „Erwerbskapital“. „Man pflegte die Unterscheidung damit zu charakterisieren, daß man zum Begriff des ‚Produktivkapitals‘ nur Produktionsmittel, zu dem des ‚Erwerbskapitals‘ auch in den Händen des Produzenten oder Händlers befindliche Konsumgüter und Geld rechnete“ (Amonn, Volkswirtschaftliche Grundbegriffe und Grundprobleme, S. 91).

erwirkte, infolgedessen den Diebstahl jeweils leichter ausführen konnte —, als vielmehr zufolge einer Anwendung von produzierten Produktionsmitteln. Es hat sich nämlich gezeigt, daß bestimmte Hilfsmittel (z. B. Abtreibungsinstrumente, Einbrecherwerkzeuge, gefälschte Urkunden u. a. m.) in der Hand des Täters für diesen eine latente Versuchung darstellen, diese des öfters anzuwenden. Es muß nun im folgenden an diesem nationalökonomischen Begriff der produzierten Produktionsmittel festgehalten werden, da sich keine andere derart umfassende allgemeine Umschreibung findet.

§ 4. Der Begriff des sozialen Gewerbes

I. Die Zusammenstellung der Definition

Sub I handelt es sich vorerst darum, die im Vorangegangenen als brauchbar erkannten Kriterien zusammenzustellen und diese einzelnen Teile dann zu einer Definition zu vereinigen. Der Systematik des vorangegangenen Paragraphen folgend, stößt man vorerst auf das Element der *Selbständigkeit*. Des weitem muß eine *gesteigerte wirtschaftliche Intensität* vorliegen, die sich als eine „auf dauernden Erwerb gerichtete Tätigkeit“ darstellen wird. Auch das *Erwerbsmoment* ist ein begriffswesentliches Element einer sozial gewerbmäßigen Tätigkeit. Das Element einer *organisierten Tätigkeit* ist für den sozialen Gewerbebegriff von gleich entscheidender Bedeutung wie für den asozialen. Ein Handeln gemäß dem *ökonomischen Prinzip*, das bei minimalem Aufwand einen maximalen Ertrag verlangt, brauchte eigentlich für den sozialen Gewerbebegriff nicht expressis verbis angeführt zu werden, da es als maßgeblich, ja selbstverständlich für jedes Tätigwerden im Rahmen unserer Wirtschaftsordnung gilt. Für den asozialen Begriff hingegen, d. h. für die Frage, ob in einem konkreten Falle strafschärfende Gewerbmäßigkeit vorliege oder nicht, können aus diesem Kriterium oft wertvolle Anhaltspunkte für die Feststellung eines besonders intensiven verbrecherischen Willens gewonnen werden. Des weitem muß ein *Einsatz von Kapital* gegeben sein.

Nachdem nun die sub § 3 gefundenen Momente zusammengestellt wurden, sind diese nun zu einer Definition zusammenzufügen, die ungefähr folgendermaßen lauten dürfte: „*Gewerbe ist jede selbständige und organisierte Tätigkeit zum Zwecke des Erwerbs, die unter Berücksichtigung des ökonomischen Prinzips und unter dem Einsatz von Kapital eine gesteigerte wirtschaftliche Intensität aufweist.*“

II. Diskussion dieses Gewerbebegriffs an Hand einiger praktischer Fälle

Vorgängig einer Zerlegung der gefundenen Definition in ihre einzelnen begriffswesentlichen Elemente, ist die Anwendung obiger Umschreibung an Hand einiger der Praxis entnommener Beispiele¹ zu untersuchen, denen allen der allgemeine Sprachgebrauch Gewerbequalität zuschreibt. Dieses Vorgehen ist um so mehr gerechtfertigt, als ja nicht nur ein in asozialer Sphäre verwendbarer Gewerbebegriff gefunden werden mußte, sondern eine Umschreibung, wie man sie im täglichen Leben verwendet.

1. *Das Transportunternehmen:* Ein derartiger Betrieb, der aus dem Verführen von Waren oder Personen Einnahmen zu erzielen sucht, erfüllt in der Regel alle oben angeführten Momente. Eine selbständige und organisierte Tätigkeit festzustellen, dürfte nicht schwer fallen; Erwerbsabsicht und Handeln nach ökonomischem Prinzip sind so integrale Bestandteile jeden Tätigwerdens im Rahmen unserer Wirtschaftsordnung, daß deren Nachweis auch ohne weiteres gegeben ist. Das Element eines Einsatzes von Kapital ist dann erfüllt, wenn auf eigens zum Zwecke des Verführens von Waren oder Personen angeschafften Beförderungsmitteln (produzierte Produktionsmittel) diese Tätigkeit ausgeübt wird. Dabei kann es nun keine Rolle spielen, ob die Unternehmung Eigentümerin oder bloß kraft eines Mietvertrages ein Recht auf die Benützung der Transportmittel besitzt. Der Nachweis einer gesteigerten wirtschaftlichen Intensität stößt auf keinerlei Schwierigkeit, da beim Vorliegen obiger Elemente ohne weiteres die Absicht, sich dadurch eine dauernd fließende Einnahmequelle zu verschaffen resp. zu sichern, gegeben ist. Dies folgt unmittelbar aus dem ökonomischen Prinzip, da ja nur durch wiederholten Einsatz der Transportmittel deren hohe Gestehungskosten amortisiert, die Unkosten gedeckt und Einnahmen erzielt werden können. Dieses Moment, und damit die Gewerbequalität eines Transportunternehmens, würde dagegen in dem Falle nicht vorliegen, da jemand gegen Entgelt einmalig einen bestimmten Transport durchführt, z. B. wenn eine Bierbrauerei mit eigenem Lastauto für ein anderes Unternehmen einmalig und entgeltlich Ware verführt.

2. *Das Landwirtschaftsgewerbe* möge als ein dem Gebiete der Produktion, der Urproduktion, entnommenes Beispiel erwähnt wer-

¹ Je eines der Beispiele ist dem Gebiete des Verkehrs, der Produktion und des Handels entnommen.

den, dem der allgemeine (im Gegensatz zum wissenschaftlichen) Sprachgebrauch ebenfalls Gewerbequalität zukommen läßt. Auch hier bietet der Nachweis einer organisierten Tätigkeit keine Schwierigkeit. Wie dagegen verhält es sich mit einem Pächter? Wird er selbständig tätig, oder geht einem solchen Betrieb die Gewerbequalität wegen vertraglicher Bindungen ab? Letzteres kann wohl kaum angenommen werden, die Selbständigkeit muß nicht juristischer, sondern bloß tatsächlicher Art sein. Es kann somit in diesem Zusammenhange auf den Rechtsschein des unmittelbaren Besitzes abgestellt werden. Erwerbsabsicht, Handeln nach ökonomischem Prinzip und gesteigerte wirtschaftliche Intensität sind auch ohne weiteres gegeben. Daß Kapital verwendet wurde, zeigt äußerlich sichtbar die Verwendung von (produzierten) Produktionsmitteln, wie landwirtschaftlichen Maschinen, Geräten, Lagerräumen u.a.m. Die Art des Rechtsverhältnisses gegenüber diesen Hilfsmitteln ist auch hier wiederum ohne Bedeutung, seien diese nun gemietet, geliehen oder gekauft; entscheidend ist einzig und allein der Umstand, daß sie beschafft wurden zu rationeller Arbeitsweise, um den Ertrag zu steigern.

3. *Beim Papeteriegewerbe*, einem dem Gebiete des Handels entnommenen Beispiel, wird die Ware *tel quel*, unverändert, weiterveräußert. Der Nachweis der Selbständigkeit, Organisation und Erwerbsabsicht ist leicht zu erbringen, ebenso ein Handeln gemäß ökonomischem Prinzip (z. B. im Streben nach Umsatzsteigerung). Der Einsatz von Kapital liegt wiederum in der Verwendung verbender Geldsummen, z. B. Ausgaben für Reklamezwecke, zum Einkauf von Handelswaren, zum Ausbau des Verkaufslokals, und in der Beschaffung der notwendigen produzierten Produktionsmittel (Lieferungsauto, Lagerraum, Registraturmaschine etc.). Wie widersinnig hier die Annahme wäre, die Produktionsmittel müßten Eigentum des Gewerbetreibenden sein, geht daraus hervor, daß dem Großteil der auf dieser Branche Tätigen die Gewerbequalität abginge, da von ihnen nur ein kleiner Prozentsatz diese Hilfsmittel zu Eigentum hat. Es muß also auch in diesem Zusammenhange festgestellt werden, daß die Art des Rechtsverhältnisses des Gewerbetreibenden zu seinen produzierten Produktionsmitteln ohne Einfluß auf die Frage ist, ob seiner Tätigkeit Gewerbequalität zukomme oder nicht. Das Moment einer gesteigerten wirtschaftlichen Intensität dürfte auch leicht nachgewiesen werden können, aus der Absicht heraus, sich eine dauernde Einnahmequelle zu verschaffen oder zu sichern.

Diese wenigen Beispiele mögen genügen, um den Anwendungsbereich der gefundenen Definition zu beleuchten. Im folgenden wird

nun die Umschreibung in die einzelnen begriffswesentlichen Momente zerlegt werden, und diese gesondert diskutiert werden im Rahmen der sub I zusammengestellten Definition.

III. Die einzelnen Elemente der Definition

1. *Dem Element einer selbständigen Tätigkeit* kommt im Rahmen des sozialen Gewerbebegriffs eine ungleich wichtigere Bedeutung zu als im Rahmen des asozialen, wie § 4 zeigen wird. Dieses Element liegt dann vor, wenn jemand, sei es nun ein Einzelner oder eine Personenmehrheit, in unabhängiger, souveräner Stellung sich wirtschaftlich betätigt. Diese Stellung braucht nun nicht auch rechtlich selbständig zu sein; aber die Bindungen müssen so lose sein, daß faktisch der Gewerbetreibende nach eigenem Gutdünken schalten und walten kann.²

2. *Das Element einer organisierten Tätigkeit* verlangt ein umsichtiges, planmäßiges Handeln einerseits und ein Tätigwerden im Rahmen einer gewissen Organisation anderseits. Ersteres manifestiert sich z. B. in einer umfassenden Reklametätigkeit, einer genauen Untersuchung der Marktlage, während letzteres Element im immer rationelleren Ausbau eines Produktionsapparates oder in der Absatzorganisation erblickt werden kann.

3. *Das Erwerbsmoment.* Das Ziel jeden wirtschaftlichen Handelns ist der Erwerb eines Vermögensvorteils, wobei dahingestellt sei, ob dieser einen Geld- oder einen Sachwert darstelle, und ob er einen wesentlichen oder unwesentlichen Bestandteil zur Deckung des Lebensunterhaltes³ ausmache. Dies alles ist von untergeordneter Bedeutung; vielmehr ist einzig und allein entscheidend, ob seinem Tätigwerden der Wille zugrunde liegt, auf diese Art und Weise Einnahmen zu erzielen. Diese Bereicherungsabsicht muß also ganz allgemein vorliegen, und da kann auch der Unterscheidung, ob er die Güter sich oder einem andern zuwendet, nicht entscheidende Bedeutung zukommen.⁴

² Vgl. die sub II ciff. 2 anlässlich der Betrachtung über das landwirtschaftliche Gewerbe gemachten Ausführungen.

³ Vgl. etwa den Fall, da jemand mehrere Gewerbe betreibt, wobei dem Betrieb nun nicht die Gewerbequalität abgesprochen werden kann, bloß weil er nicht „rentiert“, die aus ihm gezogenen Einnahmen nur einen „unwesentlichen“ Teil des Gesamteinkommens des Gewerbetreibenden ausmachen.

⁴ Vgl. den Fall, da ein Gewerbetreibender kraft eines gerichtlichen Zivilurteils zu Alimentenzahlung angehalten wird.

4. *Das ökonomische Prinzip* sieht bei geringstem eigenem Aufwand eine größtmögliche Rendite vor, folgt also unmittelbar aus dem Erwerbsmoment. Da ohne diese beiden Elemente ein wirtschaftliches Tätigwerden in irgendeiner Art und Weise im Rahmen unserer Wirtschaftsordnung auf die Dauer undenkbar ist, dürfte dieser Nachweis in der Regel leicht zu erbringen sein.

5. *Das Element eines Einsatzes von Kapital* ist gekennzeichnet durch die Verwendung einer bestimmten Geldsumme zum Zwecke der Einnahmenerzielung, was vor allem zum Ausdruck kommt in der Beschaffung bzw. Verwendung der zu der Erwerbstätigkeit notwendigen produzierten Produktionsmittel, wie Lagerräume, Büroräumlichkeiten, Maschinen u. a. m., allgemein sachlicher Hilfsmittel, die dazu dienen sollen, das gesteckte wirtschaftliche Ziel zu erreichen.

6. *Die gesteigerte wirtschaftliche Intensität* dürfte beim sozialen Gewerbebegriff dergestalt vorliegen, als dem Handeln des Gewerbetreibenden der Willensentschluß zugrunde liegen muß, während längerer Zeit zum Zwecke des Erwerbs tätig zu werden. Diese Absicht ist nun im Rahmen eines sozialen Tätigwerdens sofort erkennbar, da Erwerbsmoment und ökonomisches Prinzip, sowie die Anschaffung von produzierten Produktionsmitteln, der Aufbau einer Organisation im vollen Lichte der Öffentlichkeit auch bei erst einmaligem Tätigwerden (etwa zu Anlaß der Fertigstellung des ersten Produktes, des Verkaufs der ersten Sache) zwingend auf eine diesbezügliche Willensdisposition schließen lassen.

IV. Die Abgrenzung zum Berufsbegriff

Ohne den gefundenen sozialen Gewerbebegriff in allen Einzelheiten abklären und seine Abgrenzung zu verwandten Begriffen genau festlegen zu wollen, trägt der Versuch, Unterscheidungsmerkmale zwischen Beruf und Gewerbe zu finden, wesentlich zu einer Abklärung des sozialen Gewerbebegriffs bei.

Es ist hier m. E. nicht der Ort, nach derselben Methode, die zu einer begrifflichen Umschreibung des Gewerbes führte, vorgehend, zu versuchen, einen Berufsbegriff zu finden. Vielmehr ist in diesem Zusammenhange das Hauptaugenmerk nicht so sehr auf eine scharf umrissene Definition des sozialen Berufs zu richten, die sich ja in vielen Fällen mit der Umschreibung einer sozialen Gewerbetätigkeit deckt, als vielmehr auf die Grenzfälle, wo zur Diskussion steht, ob gewerbsmäßiges oder berufsmäßiges Handeln vorliegt; d. h. es muß eine klare Grenzziehung zwischen den beiden verwandten Begriffen

Beruf und Gewerbe gesucht werden und nicht eine Lösung auf die Frage, ob im konkreten Einzelfalle überhaupt ein berufsmäßiges Handeln vorliege.

Ein kurzer Vergleich der wichtigsten Berufsbegriffe führt dazu, daß das Element einer Tätigkeit zum Zwecke des *Erwerbs*, zur Bestreitung seines Lebensunterhaltes, sozusagen allen Definitionen wesentlich ist. Dies muß angenommen werden, ist sogar das zentrale Kriterium; allerdings ist somit der Zweck eines berufsmäßigen wie gewerbsmäßigen Handelns derselbe, deren Unterschiede müssen also in der Art und Weise des Tätigwerdens gesucht werden.

Einen wesentlichen Unterschied der beiden verwandten Begriffe bildet hingegen das Element einer *selbständigen* Tätigkeit, dem im Rahmen des sozialen Gewerbebegriffes entscheidende Bedeutung zukommt. Der berufsmäßig Handelnde kann selbständig tätig werden, erfüllt aber dann in der Regel auch die übrigen Voraussetzungen einer „gewerbsmäßigen“ Tätigkeit. Man denke etwa an die zahlreichen Kleinhandwerker, deren Meister als „selbständig Erwerbende“ immer im Rahmen eines Gewerbes tätig werden. In diesem Zusammenhange ist der Umstand, ob die Einnahmen genau festgelegt sind oder je nach dem Gang des Geschäftes variieren, von entscheidender Wichtigkeit; man denke etwa an das feste Salär des Coiffeurgesellen im Gegensatz zu der wechselnden Einnahmequote seines Meisters.

Dagegen bildet das Kriterium einer *organisierten* Tätigkeit keine genauen Unterscheidungsmerkmale, man könnte höchstens in quantitativer Hinsicht bei einzelnen Berufen von einer weniger intensiv organisierten Betätigung sprechen (vgl. z. B. einen Handlanger, der die Arbeit von Fall zu Fall zugewiesen erhält, im Gegensatz zu seinem vorgesetzten Meister).

Dem *ökonomischen Prinzip*, in engster Anlehnung an das Erwerbsmoment, kommt die gleiche Bedeutung zu bei beiden verwandten Begriffen; man denke etwa an die wirtschaftlichen Ueberlegungen eines Schlosserlehrlings, gegen ein geringes Entgelt eine Lehre zu machen, um dafür nachher als Geselle einen höheren Zahltag beziehen zu können.

Der Hinweis auf einen *Einsatz von Kapital* im allgemeinen, von produzierten Produktionsmitteln im besondern, dürfte dagegen in der Regel eine klare und scharfe Grenzziehung ermöglichen. Während bei einem berufsmäßigen Tätigwerden hauptsächlich die Arbeitskraft oder die geistigen Fähigkeiten in Gegenwerte zur Bestreitung seines Lebensunterhaltes umgesetzt werden, und kein oder nur in geringem Maße Kapital eingesetzt wird, stellt dieses Moment ein begriffswesentliches Element des Gewerbebegriffes dar (vgl. § 3 VI).

Das Moment einer *gesteigerten wirtschaftlichen Intensität*, als was sich in der sozialen Sphäre der Willensentschluß darstellt, während längerer Zeit zum Zwecke des Erwerbs tätig zu werden, ist als solches, wenn auch in geringerem Maße, auch dem Berufsbegriff wesentlich.

Damit wären einige Unterscheidungsmerkmale gefunden; obige Momente im Hinblick auf eine begriffliche Umschreibung des Berufes hin zu diskutieren und am konkreten Einzelfall zu überprüfen, würde allenfalls recht interessante Ergebnisse zeitigen; der Systematik folgend kam aber all den bisherigen Untersuchungen nur die untergeordnete Bedeutung zu, bei der nun folgenden Abklärung des Begriffs der Gewerbsmäßigkeit eine Vergleichsbasis zu analogem Verhalten in der asozialen Sphäre zu schaffen.

Zweites Kapitel: Der Begriff der asozialen Gewerbsmäßigkeit

§ 5. Die Umschreibung der asozialen Gewerbsmäßigkeit

1. Die Entwicklung eines asozialen Gewerbebegriffes

Im Anschluß an den sub § 4 gefundenen sozialen Gewerbebegriff ist nun zu versuchen, diesen mitsamt den ihm wesentlichen Kriterien ins Asoziale zu übertragen, die so gefundenen Ergebnisse in eine Definition zu kleiden und diese dann zu diskutieren, vor allem im Hinblick auf deren Anwendung im Rahmen der einzelnen Tatbestände. Es kann sich im allgemeinen Teil und im speziellen sub § 5 vorerst einmal nur darum handeln, eine ganz allgemeine Ueberprüfung des neu gefundenen asozialen Gewerbebegriffs vorzunehmen: Die einzelnen Detailfragen werden dann im besondern Teil anläßlich einer eingehenderen Betrachtung der einzelnen Tatbestände erörtert werden. Es wird nun die in § 4 gefundene soziale Umschreibung übernommen und diese dann für die strafrechtlichen Belange noch präzisiert, da nicht allen gefundenen Kriterien dieselbe Bedeutung in der asozialen Sphäre zukommt.

Nach der sub § 4 gefundenen Definition ist also Gewerbe „jede selbständige und organisierte Tätigkeit zum Zwecke des Erwerbs, die unter Berücksichtigung des ökonomischen Prinzips und unter dem

Einsatz von Kapital eine gesteigerte wirtschaftliche Intensität aufweist“.

Vorerst werden im Hinblick auf die Anwendung dieser Umschreibung in die asoziale Sphäre deren einzelne begriffswesentliche Kriterien kurz durchgegangen im Bestreben, eine kriminalpolitischen Zwecken Rechnung tragende Definition zu finden. Dem Element einer *selbständigen Tätigkeit* kam, wie bereits sub § 3 I gezeigt wurde, in der sozialen Sphäre eine große Bedeutung zu, da es unter Umständen das einzige Unterscheidungsmerkmal zum verwandten Berufsbegriff darstellt. Oft wird auch ein diesbezügliches asoziales Verhalten gegeben sein, ausgenommen hiervon sind die Fälle von Anstiftung und Gehilfenschaft. Es liegt in der Natur dieser beiden Täterschaftsformen, daß sie in der Regel nicht als selbständige Erscheinungsformen des Verbrechens vorliegen, sondern nur im Rahmen einer Haupttat begangen werden können.¹ Das schweizerische Strafgesetzbuch steht grundsätzlich auf dem Boden der Akzessorietät (StGB 24/25), d. h. die Strafandrohung gegen Gehilfen und Anstifter ist abhängig von derjenigen gegen den Haupttäter. Dabei sieht das Gesetz bei der Gehilfenschaft fakultative Strafmilderung vor. Auf das Element der Selbständigkeit im Rahmen obiger Definition übertragen, würde das bedeuten, daß der nicht gewerbsmäßig handelnde Anstifter oder Gehilfe trotzdem unter die schärfere Strafandrohung fallen würde, wenn der Haupttäter gewerbsmäßig handelte. Er würde also um Umstände willen, die in seiner Person gar nicht vorliegen, schärfer bestraft. Dies würde aber dem klaren Wortlaut von Art. 26 StGB widersprechen.² In Abwägung der Interessenlage kam das Bundesgericht³ zur Auffassung, daß in diesem Falle der Grundsatz der Akzessorietät der Beihilfe entfalle, daß somit beim Gehilfen oder Anstifter nur dann das Qualifikationsmoment der Gewerbsmäßigkeit berücksichtigt werden müsse, wenn es in seiner Person vorliege. Damit läßt sich gewerbsmäßige Beihilfe und Anstiftung zu nichtqualifizier-

¹ Vgl. Hafter, Lehrbuch 1946, S. 231: „Wenn man, mit der sog. Urhebertheorie, die akzessorische Natur der Anstiftung geleugnet hat, so ist das zu verstehen, wenn auch nicht zu billigen. Die Akzessorietät auch der Beihilfe zu leugnen, ist unnatürlich. Schon das Wort ‚Beihilfe‘ weist auf die Tat eines andern, des Täters, hin. Eine Beihilfe für sich allein ist undenkbar. Sie deutet auf eine Haupttat, der sie zudient, hin.“

² Art. 26 StGB: „Besondere persönliche Verhältnisse, Eigenschaften und Umstände, die die Strafbarkeit erhöhen, vermindern oder ausschließen, werden bei dem Täter, dem Anstifter und dem Gehilfen berücksichtigt, bei dem sie vorliegen.“

³ Vgl. BGE 1944 IV 125 f.: Ein solcher strafe erhöhender Umstand im Sinne von

ter Tat und einfache Gehilfenschaft und Anstiftung zu gewerbsmäßiger Tat konstruieren. Für die Umschreibung eines asozialen Gewerbebegriffes erhellt daraus die Tatsache, daß das Moment der Gewerbsmäßigkeit also auch bei bloßer Beihilfe oder Anstiftung, also bei unselbständiger verbrecherischer Tätigkeit vorliegen kann. Kriminalpolitisch betrachtet, ist diese Lösung nicht nur tragbar, sondern geradezu wünschenswert: Im Falle eines mit Abortivinstrumenten handelnden Gehilfen ergibt sich folgendes: Würde man bei der Beurteilung der Tat Art. 25 StGB, also Akzessorietät der Beihilfe, anwenden, so würde der Täter nur dann wegen gewerbsmäßiger Gehilfenschaft bestraft werden können, wenn er zufällig das Pech haben sollte, ausgerechnet jemandem die Instrumente zu verkaufen, bei dem dann in der Folge das Moment der Gewerbsmäßigkeit vorliegt. Eine wirk-same Verbrechensbekämpfung kann auf keinen Fall aus dieser Beurteilung resultieren. Und auf der andern Seite würde derjenige, der Instrumente einem Bekannten ausleiht, unter die schärfere Strafandrohung fallen, wenn dieser sie gewerbsmäßig anwendet. Aus all diesen Ueberlegungen folgt zwingend, dieses für den sozialen Gewerbebegriff begriffswesentliche Element der Selbständigkeit zufolge untragbarer kriminalpolitischer Auswirkungen nicht *expressis verbis* in die Umschreibung der asozialen Gewerbsmäßigkeit hinüberzunehmen. Nur dadurch kann dem Gedanken einer Bestrafung nach dem Verschulden des Täters auch in diesem Zusammenhange stattgegeben werden.

Dagegen kommt nun dem Umstand einer *organisierten Tätigkeit* die Bedeutung zu, als daraus wertvolle Rückschlüsse auf ein vorsätzliches Handeln und die Intensität des verbrecherischen Willens sich ergeben. So kann z. B. aus der Reklametätigkeit eines Abtreibers auf seine Bereitschaft, gegenüber einem unbestimmt großen Personenkreis verbrecherisch tätig zu werden, geschlossen werden, aus dem Umfang der Absatzorganisation eines Hehlers können wertvolle Rückschlüsse

Art. 26 StGB sei die Gewerbsmäßigkeit im Sinne von StGB 119 ciff. 3 (Abtreibung). „Damit diese Bestimmung auf den Gehilfen anwendbar ist, genügt es daher nicht, daß der Täter gewerbsmäßig gehandelt hat, selbst dann nicht, wenn der Gehilfe gewußt oder gewollt hat, daß dieses qualifizierende Merkmal beim Täter verwirklicht werde. Insofern läßt das Gesetz den Grundsatz der Akzessorietät der Gehilfenschaft fallen. Unter die strengere Strafandrohung des Art. 119.3 StGB fällt der Gehilfe nur dann, wenn er seine Hilfe gewerbsmäßig geleistet hat.“ —

Gleicher Ansicht Diez, 159; Germann, Verbrechen, 203. — In diese Richtung weist auch ein Entscheid des zugerischen Obergerichtes vom 13. 4. 1935: „Die Beihilfe ist schärfer zu bestrafen, wenn sie gegen Entgelt geleistet wurde“ (aus dem Rechenschaftsbericht 1935).

auf den Umsatz des Diebsgutes gezogen werden. Immer aber ergibt sich aus diesem Moment der Vorsatz, ein Handeln mit Wissen und Willen; und diesem Umstand kommt entscheidende Bedeutung zu: Ein gewerbsmäßiger Täter handelt immer *dolos*, die Konstruktion eines fahrlässig begangenen gewerbsmäßigen Deliktes ist sinnlos. Des weitern kann aus dem dieses Moment charakterisierenden planmäßigen, umsichtigen Handeln auf eine besonders intensive verbrecherische Willensdisposition geschlossen werden, wie sie einem Gelegenheitsverbrecher abgeht.

Dem *Erwerbsmoment* kommt die gleich eminent wichtige Bedeutung zu in der asozialen wie in der sozialen Ordnung. Es bildet das eigentliche zentrale Kriterium; wo es nicht vorliegt, kann unter keinen Umständen Gewerbsmäßigkeit angenommen werden. Und gerade hier spiegelt sich die Intensität des verbrecherischen Willens wider, um derentwillen sich die höhere Strafandrohung rechtfertigt: Nicht aus Affekt, nicht deswegen, weil bestimmte äußere Umstände zu einem asozialen Verhalten Anlaß geben, sondern einzig und allein aus dem Motiv wird delinquent, um sich zu bereichern, aus dem gleichen Motiv, weswegen andere schustern, schneiden oder malen.

Das *ökonomische Prinzip* bedarf m. E. in der asozialen Welt der Erwähnung, weil auch hierin sich die Intensität des verbrecherischen Willens widerspiegelt. Gerade dieses Abwägen von Gewinn- und Verlustchancen, diese nüchterne, kalte Berechnung — Momente also, die den in der sozialen Ordnung tätigen Geschäftsmann charakterisieren — streichen das Verwerfliche der Tat, die besondere Strafwürdigkeit hervor.

Das Moment eines *Einsatzes von Kapital* ist für eine Anwendung in der asozialen Sphäre dahingehend zu modifizieren, als nur der Normalfall in der Umschreibung der Gewerbsmäßigkeit *expressis verbis* anzuführen sich rechtfertigt, und das ist ein deliktisches Tätigwerden unter *Zuhilfenahme von produzierten Produktionsmitteln*; denn die Fälle, da vom Einsatz eines eigentlichen „Geldkapitals“ gesprochen werden könnte, sind zu selten, als daß dies einer ausdrücklichen Aufnahme in die Definition bedürfte.⁴ An dieser Stelle sei nochmals darauf hingewiesen, daß sich kein anderer Ausdruck findet, der derart umfassend und allgemein ist, wie dieser nationalökonomische

⁴ Erwähnt sei der bereits angeführte Fall, da zum Zwecke der Diebstahlsverübung ein Pförtner bestochen wird (s. § 3 VI); dann läge dieses Moment etwa auch da vor, wo Geldsummen zu täuschendem Zwecke im Rahmen fortgesetzter Betrüge verwendet werden. Sind daneben alle andern begriffswesentlichen Kriterien erfüllt, dann kann auch in diesen Fällen gewerbsmäßige Begehung angenommen werden.

Begriff.⁵ Diesem Element einer Anwendung von (produzierten) Produktionsmitteln kommt nun große Bedeutung zu. Ueberall da, wo ad hoc, das heißt im Hinblick auf verbrecherisches Tätigwerden, beschaffte Hilfsmittel, Instrumente, Werkzeuge etc. angewendet werden, ist ein weiteres Merkmal des asozialen Gewerbebegriffs erfüllt. Auch aus diesem Element können Rückschlüsse auf die Intensität des verbrecherischen Willens gezogen werden, geht doch aus den zu deliktischer Tätigkeit beschafften Werkzeugen mit großer Wahrscheinlichkeit die Vermutung hervor, daß der Täter diese in Zukunft wieder anwenden werde.

Die *gesteigerte wirtschaftliche Intensität*, als was sich der auf Wiederholung gerichtete Wille darstellt, weist ganz allgemein in die Richtung einer besondern Gefährlichkeit des Täters, während die übrigen Momente Indizien für eine diesbezügliche Willensdisposition darstellen, objektive Kriterien, die einen generellen Schluß auf eine diesbezügliche subjektive Einstellung des Täters ermöglichen sollen. Die Streitfrage, ob einmalige Begehung unter bestimmten Umständen schon für diese Annahme ausreiche, oder ob dazu eine Reihe von deliktischen Verstößen unabdingbare Voraussetzung sei, braucht an dieser Stelle noch nicht entschieden zu werden, hat sie doch keinen Einfluß auf die Frage der Aufnahme dieses Moments in die begriffliche Umschreibung der asozialen Gewerbsmäßigkeit.

Im Vorangegangenen wurden die einzelnen dem sozialen Gewerbebegriff wesentlichen Elemente im Hinblick auf deren Uebernahme in eine entsprechende Umschreibung in der asozialen Sphäre untersucht. Dabei zeigte es sich, daß das Element der selbständigen Tätigkeit in der Definition der asozialen Gewerbsmäßigkeit keinen Platz finden kann. Eine schärfere Bestrafung des zu nichtgewerbsmäßiger Haupttat gewerbsmäßig Anstiftenden oder Beihilfe Leistenden würde dabei verunmöglicht, der zu gewerbsmäßiger Haupttat aber nicht gewerbsmäßig handelnde Anstifter oder Gehilfe dagegen schärfer bestraft, was beides sich kriminalpolitisch ungünstig auswirken müßte. Des weitem rechtfertigt die überragende Bedeutung, die in diesem Zusammenhange einer Anwendung von produzierten Produktionsmitteln als einer Erscheinungsform des Einsatzes von Kapital zukommt, die besondere Hervorhebung im Rahmen der Definition.

Aus allen übrigen Momenten erhellt eine besondere Intensität des

⁵ So umfassen Umschreibungen, wie „Anwendung von Hilfsmitteln, Werkzeugen, Instrumenten“ jeweils nur ganz konkrete Fälle; vorab aber fiele eine Verwendung von Lagerräumen (zur Aufbewahrung des Diebsgutes) oder von Ladeninventar eines in der sozialen Ordnung Tätigen (so unter Umständen bei Wucher und vielen Fälschungsdelikten) nicht darunter.

verbrecherischen Willens, um derentwillen der Gesetzgeber auch ein derartiges Verhalten unter erhöhte Strafandrohung gestellt wissen will.

Nachdem die dem sozialen Gewerbebegriff entnommenen Elemente auf deren Anwendung in der asozialen Sphäre hin untersucht wurden, sind diese nun zu einer Definition zusammenzufassen:

„Ein gewerbsmäßiges Verbrechen liegt dann vor, wenn das Verhalten des Täters in der asozialen Sphäre derart ist, daß es in der sozialen Ordnung den Gewerbebegriff erfüllen würde, insbesondere, wenn er zum Zwecke des Erwerbs Produktionsmittel anwendet, organisiert vorgeht und unter Beachtung des ökonomischen Prinzips eine gesteigerte wirtschaftliche Intensität manifestiert.“

II. Diskussion dieser Definition an Hand von Fällen

Vorgängig einer Zerlegung obiger Definition in ihre einzelnen begriffswesentlichen Merkmale ist sub II, der gleichen Systematik des vorigen Paragraphen folgend, die Brauchbarkeit dieser neu gefundenen Umschreibung an Hand einiger Tatbestände zu überprüfen, dies aber nun nicht an Hand von der Praxis entnommenen Fällen (dies ist die vornehmlichste Aufgabe des Besonderen Teils), sondern durch den Versuch, nach der gefundenen Definition irgendwelche Tatbestände zu konstruieren, um zu zeigen, daß diese allgemeine Umschreibung, in einen konkreten Tatbestand umgegossen, kriminalpolitisch günstige Ergebnisse zeitigt.

1. *Gewerbsmäßige Abtreibung* würde demnach unter Zugrundelegung obigen Wortlautes in dem Falle anzunehmen sein, da ein Handlanger in einer Vielzahl von Fällen gegen Entgelt Abortivinstrumente an verschiedenen Personen anwendet, die zufolge einer Adressenvermittlung jeweils auf ihn aufmerksam wurden. Im Hinblick auf diesen Tatbestand stellen sich die einzelnen begriffswesentlichen Momente wie folgt dar:

1. Er treibt ab zum Zwecke des *Erwerbs*, um seine Einnahmensquote zu erhöhen, seinen Lebensstandard zu heben. Dies kann aus obigem Tatbestand folgert werden.
2. Er wendet *Produktionsmittel* an, in diesem Falle Abortivinstrumente, führt eventuell das Delikt in einem eigens zu diesem Zwecke hergerichteten Raume aus.
3. Er begeht diese Reihe von Verbrechen im Rahmen einer *organisierten Tätigkeit*. Dies kann hier angenommen werden, da die

Schwangere auf Grund einer illegalen, lichtscheuen Adressenvermittlung dem Täter zugeführt wurde.

4. Der Nachweis des *ökonomischen Prinzips* dürfte überall da leicht zu erbringen sein, wo ein ungewöhnlich hohes Entgelt nachgewiesen werden kann, wo also nicht reiner Auslagenersatz vorhanden ist. Dies letztere dürfte aber nur in Ausnahmefällen vorliegen, weil doch zumeist das Entgelt „Lohn“, d. h. Entschädigung für den Einsatz von Arbeitskraft, darstellt. Ein Handeln gemäß ökonomischem Prinzip dürfte daher immer da gegeben sein, wo Erwerbsabsicht vorliegt, denn diese wäre bei reinem Auslagenersatz ebenfalls zu verneinen.
5. Das Moment einer *gesteigerten wirtschaftlichen Intensität* geht aus obigem Fall durch den Hinweis auf eine „Vielzahl von Fällen“ hervor, was mithin in die Richtung einer besondern Gefährlichkeit des Täters weist.

2. *Gewerbsmäßiger Diebstahl* würde bei Annahme des neu gefundenen Begriffs dann vorliegen, wenn jemand nach erfolgter Auskundschaftung des Tatortes unter Zuhilfenahme von Gummihandschuhen mehrmals einbricht und Wertgegenstände entwendet, die dann zufolge einer Uebereinkunft mit einem Trödler jeweils durch diesen verflüssigt werden. Daraus ergäbe sich folgende Darstellung der einzelnen begriffswesentlichen Elemente:

1. Der Täter bricht ein in *Bereicherungsabsicht*, die ja schon für das Grunddelikt Tatbestandsmerkmal ist. Er sucht sich durch dieses verbrecherische Tätigwerden Einnahmen zu erzielen, wobei es gleichgültig ist, ob es sich um Sach- oder Geldwerte handelt.
2. Er wendet *Produktionsmittel* an, im vorliegenden Fall Gummihandschuhe.
3. Auch das Element einer *organisierten Tätigkeit* geht aus obigem Tatbestand hervor. Es ist abzustellen auf die den Delikten vorausgegangenen Rekognoszierungen, dann auch auf die Absatzorganisation des Diebsgutes, die in den engen Bindungen mit Hehlern besteht.
4. Der Nachweis des *ökonomischen Prinzips* geht auch hier aus dem Moment der Erwerbsabsicht hervor, ergibt sich aus der Tatsache der mehrfachen Begehung, denn jede erfolgreiche Anwendung der Produktionsmittel verbessert die Relation Aufwand zu Erfolg zugunsten des letzteren.
5. Das Element einer *gesteigerten wirtschaftlichen Intensität* ist zu bejahen, da auch die mehrmalige Begehung generell in die Richtung einer besondern Gefährlichkeit des Täters weist.

III. Die einzelnen Elemente der Definition

Der gleichen Systematik des vorigen Paragraphen folgend, handelt es sich sub III darum, die gewonnene Definition in ihre einzelnen begriffswesentlichen Bestandteile zu zerlegen und diese einzeln zu diskutieren. Dies geschieht ganz generell, es werden nur hie und da zur Erläuterung konkrete Tatbestände angeführt werden; Detailfragen, die sich im Zusammenhang mit den einzelnen Delikten ergeben, enthält der Besondere Teil.

1. *Das Erwerbsmoment* bildet, wie bereits wiederholt darauf hingewiesen wurde, das zentrale Kriterium. In ihm ist das Motiv jedweden asozialen gewerbsmäßigen Tätigwerdens zu erblicken. Wie für den sozialen, so ist es auch für den asozialen Gewerbebegriff belanglos, ob es sich um einen Sach- oder Geldwert handelt. Dagegen muß der Vermögensvorteil materieller, gegenständlicher Natur sein. Damit stellt sich dieses Kriterium in Gegensatz zu dem umfassenderen Moment eines „Handelns aus Eigennutz“, worunter z. B. die Abtreibung durch den Vater zu subsumieren wäre, der dadurch künftigen Alimentenzahlungen zu entgehen hofft. Irrelevant ist hingegen, ob die Summe der auf verbrecherischem Wege erlangten Einkünfte einen wesentlichen oder unwesentlichen Teil des Gesamterwerbs zur Deckung des Lebensunterhaltes darstelle; dies folgt unmittelbar aus der Ueberlegung, daß die Intensität des verbrecherischen Willens bei einem Täter, der mehrmals jeweils um eines kleinen Ertrages willen verbrecherisch tätig wird, die gleiche, wenn nicht sogar eine höhere ist als bei dem Delinquenten, der um eines außerordentlich hohen materiellen Vorteils willen nur einmal delinquierte. Ebenfalls unwesentlich ist auch die anläßlich der Zerlegung des sozialen Gewerbebegriffs in seine wesentlichen Bestandteile gemachte Unterscheidung, ob die erworbenen Güter ihm selbst oder einem Dritten zukommen. Gerade in dem Falle, da ein Täter Erworbenes sofort an andere verschenkt oder mit andern verpraßt (oft um Spuren der verbrecherischen Tätigkeit zu verwischen), erblickt Heindl ein Indiz von Berufsverbrechertum.⁶ — Ein Sonderfall liegt dann vor, wenn alle Momente, die zur Annahme der Gewerbsmäßigkeit notwendig sind, vorliegen, mit Ausnahme des Umstandes, daß der Täter nicht in den Besitz der materiellen Vorteile seiner Tat gekommen ist, in concreto,

⁶ Heindl, S. 141: „... Ein altes Sprichwort sagt: ‚Freigiebig wie ein Dieb‘, und das Sprichwort hat, wie die meisten Sprichwörter, recht. Nur einige jüdische Hehler sparen. Der thesaurierende Berufsverbrecher ist eine Anomalie. Die andern Gauner streuen ihr Geld sofort in alle Winde, wenn sie einen Coup gemacht haben.“

daß z. B. bei einer Abtreibung ihm das Entgelt nicht ausgehändigt wurde und er diese Forderung zufolge ihres unsittlichen Charakters (OR 20) nicht eintreiben kann. Unter Zugrundelegung der ratio jeder Strafschärfung, daß eine solche überall da Platz greifen muß, wo sich ein besonders intensiver verbrecherischer Wille manifestiert, kann das Qualifikationsmoment dann angenommen werden, wenn der Täter alle andern für eine gewerbsmäßige Begehung aufgestellten Bedingungen erfüllt, außer dem Umstande, daß er nicht in die Vorteile seiner Tat gelangte. Läßt sich somit als Motiv des Handelns das Streben nach Gewinn, nach sozialer Besserstellung eindeutig festlegen, was eine Frage des Beweises ist, so ist nicht einzusehen, warum der Täter nicht unter die schärfere Strafandrohung fallen sollte, wenn er alles getan hat, um auch die andern Kriterien zu erfüllen. Zu gleichem Ergebnis kommt schon 1783 Quistorps zu Anlaß seiner Definition der „gewinnsüchtigen Absicht“⁷, unter der er „alle diejenigen Vorteile, welche der Mörder durch den Totschlag zu erlangen hofft und die seinen Zustand vermeintlich verbessern sollen“, verstanden wissen will.

Entscheidend für die Beurteilung des Täters ist somit nur diese verwerfliche Absicht, und es ist für Quistorps sogar unerheblich, ob der Mörder in der Folge seine gewinnsüchtigen Absichten wirklich ausführe oder nicht. Es wäre in diesem Zusammenhange speziell an den Fall zu denken, wo der bestellte Mörder auf in Aussicht gestellte Entlohnung hin die Tat begeht, in der Folge aber nicht in den Besitz der materiellen Vorteile seiner Tat kommt. Diesen Tatbestand würde somit Quistorps dem bereits ausbezahlten Mörder gleichstellen, denn beide Handlungen sind ja gleich verwerflich, und es besteht ja nur ein rein formaler Unterschied. Andernteils aber hält er den nicht für einen eigentlichen Mörder, „der vor der begangenen Missetat keine gewinnsüchtigen Absichten gehegt und allererst nach erfolgtem Totschlag von der Gelegenheit Gebrauch gemacht und sich der Sachen und Güter des Entlebten bemächtigt hat“.

2. *Das Element der Anwendung von Produktionsmitteln* muß dergestalt vorliegen, als der Täter bei der Begehung eines gewerbsmäßig qualifizierten Delikts Hilfswerkzeuge, Instrumente u. a. anwendet. Dieses Element kann sich einem in verschiedenster Art und Weise darstellen: Man denke etwa an Einbrecherwerkzeuge des gewerbsmäßigen Diebes, Abortivinstrumente des gewerbsmäßigen Abtreibers, Räumlichkeiten zur Unterbringung von Diebsgut des ge-

⁷ Vgl. Johann Christian Quistorps, § 254, S. 476/7.

werbsmäßigen Hehlers oder an das feudal eingerichtete Appartement eines gewerbsmäßigen Kupplers. Ist nun all dies angeschafft nur im Hinblick auf eine verbrecherische Betätigung (Revolver, Gummihandschuhe, Sprengstoffe), dann liegt ein potenziertes, noch intensiveres Verschulden vor. Für die besondere Frage der Gewerbsmäßigkeit kann aber dieses Moment einer ad-hoc-Beschaffung nicht in Betracht fallen, denn dann würde der illegal abtreibende Arzt nicht unter die erhöhte Strafandrohung fallen, dem es ja ein leichtes sein dürfte, nachzuweisen, er habe die Abortivinstrumente nicht im Hinblick auf ein verbrecherisches Tätigwerden angeschafft. Dasselbe trifft für alle diejenigen zu, die ihr soziales Gewerbe in den Dienst des asozialen stellen (z. B. Milchpanser, Trödler, die unzüchtige Gegenstände ausleihen, Hersteller von gesundheitsschädlichem Futter u. a. m.). Bei Zugrundelegung der Auffassung, die Produktionsmittel müßten in den Fällen, da diese jemand im Hinblick auf ein Tätigwerden in der sozialen Sphäre beschafft hat, ad hoc, d. h. zu asozialer Betätigung erworben worden sein, würden all diese Personenkreise in der Regel nicht unter die höhere Strafandrohung fallen, was zweifellos nicht dem Sinne der Strafschärfung entspricht. Ob ein Produktionsmittel im Hinblick auf ein Verbrechen beschafft wird, oder ob es sich ohnedies im Besitze des Verbrechers befunden hat, ist für den Begriff der Gewerbsmäßigkeit nicht ausschlaggebend. Vielmehr genügt die Feststellung, daß der Täter das Verbrechen mittels eines Produktionsmittels zur Ausführung gebracht hat. Dagegen kommt dem Umstand, welcher Art das Rechtsverhältnis des Täters zu seinen Hilfsmitteln ist, keine Bedeutung zu; mag er sie sich käuflich, leihweise oder gar verbrecherisch erworben haben.

3. *Das Element einer organisierten Tätigkeit* kann, wie bereits sub II festgestellt wurde, nicht in allgemeiner Art und Weise umschrieben werden, sondern resultiert erst aus den nähern Umständen des konkreten Einzelfalles. Es ist somit weitgehend dem richterlichen Ermessen anheimgestellt, wann ein Handeln den Charakter einer organisierten Betätigung annimmt und wann nicht. Generelle Kriterien können nicht aufgestellt werden, vor allem ist eine genau festgelegte Grenzziehung nicht möglich. Wie wohl bei keinem andern Moment dieses Begriffes wird gerade hier der Richter immer wieder auf den der sozialen Ordnung entnommenen Gewerbebegriff zurückgreifen und versuchen müssen, Anhaltspunkte für ein asoziales gewerbsmäßiges Verhalten zu finden. So z. B. denke man an das Ladenschild eines Schuhmachers und an die lichtscheue Adressenvermittlung eines gewerbsmäßigen Abtreibers, worin eine Offerte zu bestimmten Leistungen gegenüber einem unbestimmt großen Personen-

kreis erblickt werden kann. Oder etwa die Verkaufsorganisation eines Warenhauses, dem in der asozialen Sphäre die Absatzorganisation von Diebsgut entsprechen dürfte. — Des weitern kann eine organisierte Betätigung angenommen werden, wenn eine bereits bestehende Organisation in den Dienst des Verbrechens gestellt wird, so z. B. wenn gefälschte Milch auf Lastwagen den Konsumenten zugeführt wird.

4. *Das ökonomische Prinzip* verlangt bei einem minimalen Aufwand einen größtmöglichen Erfolg, d. h. in der Art der Begehung muß ein rationelles wirtschaftliches Moment zum Ausdruck kommen. Dadurch wird die Erwerbsabsicht dahingehend präzisiert, als dem Handeln des Täters die Absicht zugrunde liegen muß, möglichst viel zu erwerben, sich um eine möglichst hohe Einnahmensquote zu bereichern. Dies äußert sich einmal darin, daß der Delinquent entweder versucht, mit gegebenen Mitteln einen möglichst hohen Erfolg zu erreichen, oder anderseits danach trachtet, einen bestimmten Erfolg mit einem minimalen Aufwand zu erzielen. Dabei bestehen für ihn zwei Möglichkeiten, daß er das Delikt einmalig um eines hohen finanziellen Erfolgs willen oder aber mehrmalig begeht. Hiervon wird nun im folgenden die Rede sein, anläßlich der Umschreibung einer „gesteigerten wirtschaftlichen Intensität“.

5. *Das Element einer gesteigerten wirtschaftlichen Intensität* stellt sich dar als ein auf „längere Dauer“ gerichtetes Handeln, wie es beim sozialen Gewerbebegriff in der Regel vorliegen dürfte, wo der Fall undenkbar ist, da jemand ein Gewerbe aufbaut, um nur *ein* Stück herzustellen, zu veräußern oder zu transportieren. Dies letztere würde ohnehin schon einer Mißachtung des ökonomischen Prinzips gleichkommen, es sei denn, die Einnahmensquote sei derart, daß dadurch sämtliche Unkosten getilgt und dazu erst noch ein Gewinn erzielt werden kann, was natürlich in der sozialen Ordnung selten der Fall sein dürfte. Dagegen ist in der asozialen Sphäre dieser Tatbestand — man denke etwa an eine einmalige illegale Abtreibung durch einen Arzt um eines hohen Entgeltes willen — ohne weiteres möglich. Bei welcher Einnahmensquote im Rahmen einer einmaligen Begehung der Richter nun dieses Moment annehmen will, ist eine Ermessensfrage. Er wird gerade in obigem Fall seiner Beurteilung die ortsüblichen Honoraransätze berücksichtigen müssen, um dann festzustellen, ob von einer eigentlichen Risikoprämie gesprochen werden könne oder nicht. Für die Frage der Beurteilung im Sinne einer gewerbsmäßig zu qualifizierenden Tat ist dieser Fall einer einmaligen Begehung um eines hohen wirtschaftlichen Vorteils willen nur insofern von Belang,

als daraus auf eine Absicht des Täters, auch in Zukunft sich gleichermaßen asozial zu betätigen, geschlossen werden kann. Kommt der Richter nicht zu dieser Annahme, dann ist gewerbsmäßige Begehung ausgeschlossen, auch wenn sonst alle übrigen begriffswesentlichen Elemente gegeben sind. Ungleich leichter wird auf der andern Seite an Hand einer Mehrzahl bereits verübter Delikte — seien diese nun strafrechtlich relevant oder nicht⁸ — auf die gesteigerte wirtschaftliche Intensität geschlossen werden können. Dabei muß sich der Wille, auf verbrecherische Art und Weise Einnahmen zu erzielen, auf eine längere Zeit erstrecken und darf nicht von Fall zur Fall frisch gefaßt werden. Dies wird im allgemeinen schon aus der Anwendung von Produktionsmitteln und einer Organisation geschlossen werden können. Diese Einheitlichkeit des Willensentschlusses kann beim Abtreiber darin erblickt werden, für unbestimmte Zeit einem unbestimmten Personenkreis seine Dienste als Abtreiber zur Verfügung zu stellen, d. h. bei einer eigentlichen Offerte an die Umwelt zu bestimmten verbrecherischen Leistungen. Was aus diesem Moment mit besonderer Deutlichkeit hervorgeht, ist ein besonders intensiver verbrecherischer Wille, der sich im Vorhandensein mehrmaligen verbrecherischen Handelns manifestiert und der zu einer eigentlichen verbrecherischen Intensität führen kann, die direkt proportional der Anzahl der Einzelfälle und der Dauer und indirekt proportional der Länge der zwischen den einzelnen Delikten liegenden Zeitabschnitte wäre.

⁸ Dies stellte die deutsche Doktrin und Praxis eindeutig fest: RGE 73.363 (1940): „Um die Frage nach der Gewerbsmäßigkeit einer Tat richtig beantworten zu können, muß das gesamte Verhalten des Angeklagten nicht nur zur Tatzeit, sondern auch vor und nach der Tat berücksichtigt werden. Dabei sind auch solche strafbaren Handlungen zu berücksichtigen, die nicht mehr strafbar oder nicht mehr verfolgbare sind...“ — Ähnlich E der II. bernischen Strafkammer v. 16. I. 1945 i. S. Suter Rudolf (ZBJV 83 S. 228): „...Die rechtskräftige Beurteilung eines bloßen Einzelaktes steht deshalb einer späteren Strafverfolgung wegen des diese Tat mitumfassenden gewerbsmäßigen Delikts nicht entgegen.“

Ebenso v. Hippel, Deutsches Strafrecht II S. 546 f.; v. Liszt, Lehrbuch 1919, S. 222 f.

Des weiteren können auch noch andere Umstände herangezogen werden, die auf eine derartige Willensdisposition hindeuten; ebenso Diez S. 161 f., so „Aeußerungen Dritten gegenüber, Briefe, ferner die Tatsache, daß der Täter tatsächlich aus dem Verbrechenshandwerk seinen Lebensunterhalt bestritt“ (BlZR 41 Nr. 101); des weiteren ein Entscheid des Basler Strafergerichts v. 21. 4. 1942 (Basel Straferger. 1942 I 950): „Besonders bleibe zu beachten, daß der kaum aus der Haft entlassene Täter erneut an der X eine Abtreibung vorgenommen habe, aber keineswegs, wie der Fall zeige, um diesem Mädchen aus der Not zu helfen, sondern in erster Linie wegen des eigenen Nutzens...“

Abschließend seien noch einige Bemerkungen allgemeiner Art über die neue Umschreibung der Gewerbsmäßigkeit gemacht. Wie bereits eingangs darauf hingewiesen, stellt sie einen Versuch dar, den Strafschärfungsgrund dahingehend zu charakterisieren, als an Hand mehrerer objektiver Tatsachen Rückschlüsse auf eine Willensdisposition ermöglicht werden sollen, die der Gesetzgeber zufolge ihrer erhöhten Strafwürdigkeit schärfer bestraft wissen will. Aus der Definition geht hervor, daß nicht allein auf das Kriterium des Erwerbs abzustellen ist, sondern daß dazu noch eine ganze Reihe anderer Momente erfüllt sein muß, bis der Tatbestand einer gewerbsmäßigen Begehung gegeben ist. Immer wieder muß aus diesen Momenten die Manifestation eines besonders intensiven verbrecherischen Willens hervorgehen, denn dies allein ist ja schlußendlich die ratio jeglicher Strafschärfung. Nur wenn all die ausdrücklich in der asozialen Umschreibung angeführten Kriterien erfüllt sind und der Richter zur Ueberzeugung gelangt ist, daß damit auch in der sozialen Ordnung ein derartiges Handeln als „gewerbsmäßig“ zu qualifizieren sei, soll die höhere Strafandrohung Platz greifen. Vor allem erhält diese Umschreibung kriminalpolitisch den Sinn, daß sie sich einmal direkt gegen all die Delinquenten wendet, die auf Grund einer ausgeklügelten und raffiniert ausgebauten Tätigkeit unter Abwägung von Gewinn- und Verlustchancen vorgehen. Des weitern aber bekämpft sie auch die sog. „kleine Kriminalität“ dergestalt, als dem Richter die Möglichkeit gegeben ist, auch gegen sie scharf vorzugehen, vor allem in Fällen hoher deliktischer Intensität, wo die formalen Voraussetzungen zu StGB 42 (Sicherungsverwahrung) nicht gegeben sind, und nur durch Verhängung einer langfristigen Freiheitsstrafe eine endgültige Resoziiierung des Täters, zufolge der Erlernung eines Berufes in der Strafanstalt, möglich erscheint.

§ 6. Das Verhältnis der Gewerbsmäßigkeit zu verwandten Begriffen

Nachdem nun eine kriminalpolitischen Belangen Rechnung tragende Definition gefunden wurde, ist noch deren Verhältnis zu verwandten Begriffen abzuklären, was wesentlich zu einer klareren begrifflichen Erfassung beiträgt.¹

¹ Vgl. dazu auch die Ausführungen, die Diez S. 141 ff. macht.

I. Die Bereicherungsabsicht

Sie erscheint im schweizerischen StGB mehrheitlich als Tatbestandsmoment, also als *strafbegründender* Umstand.² Das Gesetz umschreibt sie in mannigfacher Weise³ und versteht darunter als Motiv ganz allgemein die Gewinnerzielung aus einer bestimmten konkreten deliktischen Handlung. Unter diesem ganz allgemeinen Gesichtspunkt betrachtet, wäre somit diese Umschreibung der Oberbegriff, unter den nun die durch einige Momente präzierte und eingeeengte gewerbsmäßige Begehung zu subsumieren wäre. Insbesondere fällt vor allem das Erwerbsmoment durch seine engere Charakterisierung im Zusammenhange mit einer „gesteigerten wirtschaftlichen Intensität“ auf. Dort, wo z. B. bei einmaliger Begehung nur ein geringer materieller Erfolg resultierte, also von einer „gesteigerten wirtschaftlichen Intensität“ und damit von einer besondern Gefährlichkeit nicht gesprochen werden kann, liegt ein Handeln in Bereicherungsabsicht vor, so z. B. beim Arzt, der sich für eine illegale Abtreibung nur die Auslagen vergüten läßt.

II. Die Gewinnsucht

Sie erscheint ebenfalls im schweizerischen StGB teils als Tatbestands-⁴, teils als Qualifikationsmoment.⁵ Eine grammatikalische Auslegung des Begriffes ergibt zunächst einmal folgendes: Begriffswesentlich ist in erster Linie die Erzielung eines Gewinnes, es handelt sich somit auch hier um ein verbrecherisches Tätigwerden in Bereicherungsabsicht. — Dazu kommt nun aber als weiteres Moment die

² So in Art. 137 (Diebstahl), 139 (Raub), 140 (Veruntreuung), 141 (Unterschlagung, Fundunterschlagung), 148 (Betrug), 156 (Erpressung), 157 (Wucher), 158 (Verleitung zur Spekulation), 251 (Urkundenfälschung), 254 (Unterdrückung von Urkunden), 312 (Amtsmißbrauch), 314 (Ungetreue Amtsführung), 315 (Sich bestechen lassen), 316 (Annahme von Geschenken). Als Qualifikationsmoment findet sich die Bereicherungsabsicht in Art. 146.2 (Unrechtmäßige Entziehung von Energie) und 318 (Falsches ärztliches Zeugnis).

³ So heißt es in Art. 137.1 (Diebstahl): „...um sich oder einen andern damit unrechtmäßig zu bereichern...“; in Art. 156.1: „...ihm oder einem andern einen unrechtmäßigen Vermögensvorteil zu gewähren...“; und Art. 251 führt aus: „...jemanden am Vermögen oder an andern Rechten zu schädigen oder sich oder einem andern einen unrechtmäßigen Vorteil zu verschaffen...“

⁴ So in Art. 198 (Kuppelei); 313 (Gebührenüberforderung).

⁵ So in Art. 129 (Lebensgefährdung); 159 (ungetreue Geschäftsführung); 219 (Verletzung der Erziehungspflicht).

„Sucht“, also ein auf Gewinnziehung hinielendes Handeln in einer bestimmten Art und Weise. Wörtlich handelt es sich hier um ein Tätigwerden aus krankhafter oder leidenschaftlicher Gier (vgl. z. B. die Worte „Trunksucht“, „Habsucht“, „Selbstsucht“ u. a. m.). Das derart umrissene gewinnsüchtige Handeln präzisiert somit ein umfassenderes Tätigwerden in Bereicherungsabsicht, engt aber dessen Anwendungsbereich derart ein, daß nach einer extensiveren Interpretation des Begriffes gesucht werden muß, da in praxi in den seltensten Fällen der Nachweis glücken dürfte, es habe sich jemand „aus krankhafter oder leidenschaftlicher Gier“ bereichert⁶, ohne daß Unzurechnungsfähigkeit oder verminderte Zurechnungsfähigkeit eine Strafzumessung ausschließen oder doch die erhöhte Strafandrohung kompensieren würde. Das würde zu kriminalpolitisch untragbaren Konsequenzen führen, denn eine richtige Anwendung dieses Strafschärfungsgrundes wäre unter diesen Umständen illusorisch. Was im Vergangenen über die Verwendung der Gewinnsucht als Qualifikationsmoment gesagt wurde, gilt ebenfalls bei deren Verwendung als Tatbestandsmoment.

Es muß also versucht werden, den Begriff anders zu fassen. Nach der Auffassung von Thormann / Overbeck⁷ stellt sich die Gewinn-

⁶ Wie schwierig es wäre, den Nachweis eines aus Gewinnsucht begangenen Verbrechens zu erbringen, wenn wir die engere Interpretation dieses Begriffes verwenden, möge aus folgendem Beispiel erhellen: Ein Zirkusdirektor verlangt von einem Artisten, das hohe Seil in unzumutbarer Art und Weise immer ohne Netzsicherung zu traversieren, da er deren hohe Anschaffungskosten scheut und bei Wegfall dieser Nummer den höhern Eintrittspreis nicht verlangen könnte. — Das Beispiel mag konstruiert erscheinen, aber es ist außerordentlich schwierig, einen Tatbestand zu finden, der StGB 129.2 erfüllt und bei dem nicht gleichzeitig Erpressungsversuch oder Eventualvorsatz zu einem Tötungsdelikt vorliegt. — Der Nachweis, daß der Tatbestand StGB 129.2 erfüllt, wenn man mit dem Begriff der Gewinnsucht im engeren Sinne operiert, dürfte schwer fallen. Denn wie soll bewiesen werden, der Zirkusdirektor habe aus „krankhafter oder leidenschaftlicher Gier“ gehandelt, da seinem Handeln doch nur das Streben nach erhöhter Gewinnerzielung, zu sozialer Besserstellung zugrunde liegt, ein Motiv also, ohne das unser heutiges Wirtschaftssystem nicht funktionieren würde. Trotzdem fällt m. E. dieser Tatbestand unter den Art. 129.2, was sicherlich auch der ratio legis entspricht, denn wenn wir diesem Absatz 2 die Auffassung des Gesetzgebers zugrunde legen, denjenigen schärfer zu bestrafen, der aus der Gefährdung des Lebens eines anderen Kapital zu schlagen sucht, dann kann kein Zweifel darüber bestehen, daß der vorliegende Tatbestand der schärferen Strafdrohung unterliegt.

⁷ S. Thormann-Overbeck, Komm. zu Art. 137 N. 26: „Die Gewinnsucht — die sich als eine dauernde Gesinnung darstellt — fällt mit der Bereicherungsabsicht nicht etwa notwendig zusammen, sondern ist neben ihr selbständig zu prüfen und festzustellen.“ — Ähnliche Umschreibung bei v. Liszt / Schmidt,

sucht als eine „dauernde Gesinnung“, also als ein charakterologisches Phänomen dar, aus dem dann die einzelnen Handlungen resultieren. Dies vermag wohl zu einer scharfen Abgrenzung zum Begriff der Bereicherungsabsicht zu führen, kriminalpolitisch ist aber eine derartige Umschreibung nicht wünschenswert; denn sie hätte zur Folge, daß nur sehr selten bei einmaliger Begehung ein Tatbestand darunter subsumiert werden könnte; und gerade in diesen Fällen vermöchte eine rigorose Geldstrafe oft besser als eine Freiheitsstrafe allein spezialpräventiv zu wirken: So im Falle eines Diebes, der sich kostbares Gut stahl, dieses veräußerte, sich dabei um eine hohe Quote bereicherte, und nun durch eine relativ hohe Geldstrafe viel eher zur Einsicht gebracht werden kann, derartige „Geschäfte“ seien unökonomisch, lohnten sich nicht. Gerade in solchen Fällen dürfte aber obige Definition in der Regel versagen, da bei einmaliger Begehung nur selten auf eine diesbezügliche „dauernde Gesinnung“ wird geschlossen werden können. Vor allem im Kampfe gegen das gewerbsmäßige Verbrechen vermöchte aber eine sinnvolle Umschreibung von StGB 50 zu Anlaß der Verfolgung der kleinen Kriminalität eine gute spezialpräventive Wirkung auszuüben.

Zu einer andern Lösung kommt Diez⁸, der seine Definition stark an die der Bereicherungsabsicht anlehnt („Vorsatz auf Verschaffen eines einmaligen Vermögensvorteils“), sie aber dann dahingehend präzisiert, als er den Zusatz „Sucht“ als ein ethisches Moment wertet, als was sich eine besonders niedrige Gesinnung zu Anlaß der Tat darstellt. „Steigerung des Erwerbssinnes auf ein ungewöhnliches, ungesundes, sittlich anstößiges Maß“, versteht darunter ein Schwyzer Entscheid⁹, „Absicht auf — verpönten — Vermögensgewinn“ definiert Hafer¹⁰, und dieser Auffassung ist aus kriminalpolitischen Gründen zuzustimmen, da nun bei einmaliger (allenfalls gewerbsmäßig qualifizierter) Begehung auf Buße erkannt werden kann, was spezial- wie generalpräventiv sich günstig auswirken dürfte, vorab im Kampfe gegen die Kreise, die aus asozialer Verhaltensweise Einnahmen zu erzielen versuchen.

Lehrbuch, S. 413: „Gewinnsucht ist eine Charaktereigenschaft des Täters, derzufolge der Sinn des Täters dauernd auf Erlangung von Gewinn gerichtet ist und derzufolge er jederzeit bereit ist, die berechtigten Interessen anderer unter der Befriedigung seines Strebens nach Gewinn leiden zu lassen. Durch dieses Seelisch-Zuständliche unterscheidet sich die Gewinnsucht von der einmaligen Absicht, sich zu bereichern.“

⁸ Diez, S. 142.

⁹ Entscheid des schwyzer. Kriminalgerichtes vom 10. 1. 1944. RSS 1944 Nr. 174.

¹⁰ Hafer, Lehrbuch Bes. Teil 1. Hälfte S. 141.

Dieses „eigennützige, rücksichtslose Streben nach Gewinn“⁹ ist jeweils neben der Bereicherungsabsicht für sich zu überprüfen, während bei Annahme eines gewerbsmäßigen Deliktes dies regelmäßig aus der diesbezüglichen Willensdisposition des Täters sich ergeben wird zu Anlaß der Bejahung der besonderen Gefährlichkeit des Delinquenten. Damit ist in jedem Fall gewerbsmäßiger Begehung dem Richter die Möglichkeit gegeben, neben der Freiheitsstrafe auf Buße im Sinne von StGB 50 erkennen zu können.

III. Eigennutz

Nur in StGB 201.2 (Zuhälterei) findet sich als Tatbestandsmerkmal ein Handeln aus Eigennutz. Da dieses Delikt in der Folge aber nicht gewerbsmäßig qualifiziert wird, kommt einer Abgrenzung dieser beiden Begriffe rein dogmatische Bedeutung zu.

Eigennützig handelt, „wer in der Hoffnung auf einen ihm zufallenden Nutzen zu der betreffenden Handlung bewogen wird“.¹¹ Das ist begrifflich somit nichts anderes als eine Abschwächung der Bereicherungsabsicht und damit auch der Gewinnsucht, mit dem Unterschiede, daß man den Vorteil immer für sich selber zu erlangen hofft, da eigennütziges Handeln zum Vorteile eines andern begrifflich unmöglich ist. Der Begriff des Nutzens ist aber bedeutend weiter zu fassen als nur in seiner Erscheinungsform eines Vermögensvorteils, eines materiellen Gewinns. So handelt der Schwängerer eigennützig, der eine Abtreibung begeht, um dadurch künftigen Alimentenzahlungen zu entgehen; er handelt zu eigenem Nutzen. Im Rahmen von StGB 201.2 (Schutzgewährung einer gewerbsmäßig Unzucht treibenden Person aus Eigennutz) ist diese Differenzierung darin zu erblicken, „daß ein Mieter, ohne übersetzten Preis zu fordern (denn andernfalls wäre Bereicherungsabsicht, Gewinnsucht gegeben), einer Prostituierten ein Zimmer überläßt“.¹² „Es besteht somit ein gradueller Unterschied zwischen diesen Begriffen.“¹³ Bezüglich der Abgrenzung zur Gewerbsmäßigkeit ist dasselbe festzustellen, was zu Anlaß der

¹¹ BIZR 40 Nr. 40; ähnliche Umschreibung RGE 41.225: „Die Erlangung eines eigenen Nutzens, eines rechtswidrigen Vorteils...“ — Anders v. Liszt, Lehrbuch 21./22. Aufl. S. 362: der Eigennutz sei gleichbedeutend mit gewinnsüchtiger Absicht.

¹² Beispiel aus Hafter, Lehrbuch Bes. Teil 1. Hälfte S. 141.

¹³ E des zugerischen Strafgerichtes vom 24. 4. 1945, RSS 1945 Nr. 141: „Gewinnsucht ist mehr als Eigennutz“ (Hafter, Lehrbuch Bes. Teil 1. Hälfte S. 141).

Betrachtung der Begriffe Eigennutz — Bereicherungsabsicht — Gewinnsucht erwähnt wurde, da letztere beiden Momente ja bei jeder gewerbsmäßigen Begehung vorliegen: Bei letzterer ist u. a. die Willensdisposition des Täters begriffswesentlich, seine Aktiven um eine möglichst hohe Quote zu vergrößern, während Eigennutz auch in dem Falle gegeben ist, da jemand deliktisch tätig wird, um dadurch künftige Ausgaben zu vermeiden. Ferner ist festzustellen, daß es für den gewerbsmäßig Handelnden unwesentlich ist, ob die Vermögensvorteile ihm selbst oder einem andern zufallen.

IV. Die Geschäftsmäßigkeit

Im Gegensatz zum deutschen Reichsstrafgesetzbuch und der maßgeblichen deutschen Literatur kennt das schweizerische Strafgesetzbuch die Geschäftsmäßigkeit weder als Qualifikationsgrund noch als Tatbestandsmoment. Das deutsche Reichsgericht umschreibt sie in RGE 72/315 (1939)¹⁴ als „eine Tätigkeit, bei der der Handelnde beabsichtigt, sie in gleicher Art zu wiederholen und sie zu einem dauernden oder wenigstens zu einem wiederkehrenden Bestandteil seiner Beschäftigung zu machen“. Darin fällt vor allem auf, daß sich kein Hinweis auf eine Bereicherungsabsicht, nicht einmal in allgemeinsten Umschreibung findet, was erstaunt, da doch eine grammatikalische Auslegung zu einem Handeln „im Rahmen eines Geschäftes“, also auch einer dem Wirtschaftsleben entnommenen Institution, führen muß. In RGE 43/210 sieht das deutsche Reichsgericht die praktische Bedeutung obiger Umschreibung darin, daß zumeist zugleich Gewerbsmäßigkeit gegeben sei, die aber häufig nicht nachweisbar sei. Wird dagegen nach einer Umschreibung gesucht, die der etymologischen Herkunft des Begriffes mehr Rechnung trägt, wie v. Liszt /

¹⁴ Ähnliche Umschreibungen in:

1. v. Liszt, Lehrbuch 1903 S. 242: „Das geschäftsmäßige Verbrechen teilt mit dem gewerbsmäßigen den auf öftere Wiederholung gerichteten Entschluß, unterscheidet sich von ihm dadurch, daß die Absicht, sich eine Einnahmequelle zu verschaffen, nicht vorzuliegen braucht.“
2. Meyer/Allfeld, Lehrbuch S. 350: „Die Bereitschaft zu regelmäßiger Wiederholung der gleichen Verübung.“
3. RGE 61.51: „Der Begriff ist gegenüber der Gewerbsmäßigkeit der weitere.“ Erforderlich „eine Tätigkeit, der die Absicht zugrunde lag, sie in gleicher Art auf die Dauer auszuüben und sie zu einem dauernden, regelmäßigen Bestandteil seiner Beschäftigung zu machen“. (Abgedr. in v. Hippel, Deutsches Strafrecht S. 546.)

Schmidt dies tun¹⁵, dann ist eine Vermengung mit dem Begriff der Gewerbsmäßigkeit wohl nicht gut zu vermeiden. Ohne die Problematik dieses Begriffes abklären zu wollen, ist festzustellen, daß das schweizerische StGB mit Recht sich der Erwähnung eines geschäftsmäßigen Verbrechens enthält, da es m. E. sehr schwer fallen dürfte, eine befriedigende Umschreibung zu finden; dies vor allem deshalb, weil ein kriminalpolitisches Bedürfnis zu einer diesbezüglichen Erwähnung in einem Gesetz nicht nachgewiesen werden kann, vor allem nicht im Sinne einer derart willkürlichen Umschreibung, wie sie das Reichsgericht fand.¹⁶

V. Die Gewohnheitsmäßigkeit

Zu Beginn ist in diesem Zusammenhange auf die unterschiedliche Verwendung dieses Begriffes im deutschen und schweizerischen Recht hinzuweisen. Während ersteres ihn wie das gewerbsmäßige und geschäftsmäßige Verbrechen als Erscheinungsform des sog. „Kollektivdelikts“ erwähnt, was besagen will, daß unter bestimmten Umständen mehrere Handlungen zu einer Verbrechenseinheit zusammengefaßt werden müssen, stößt man in Art. 42 des schweizerischen StGB bei Erwähnung der Sicherungsverwahrung auf den Begriff des „Gewohnheitsverbrechens“.

Das *deutsche Recht* und vor allem die deutsche maßgebliche Literatur behandeln somit die Gewohnheitsmäßigkeit analog der Gewerbsmäßigkeit, d. h. als Tatbestandsmerkmal und als Qualifikationsmoment. Ueber den Begriff herrscht im wesentlichen Klarheit, denn es ist im allgemeinen von einer Neigung, einem Hang zu Verbrechen die Rede. Nach RGE 59/243 (1925) ist eine Handlung dann als gewohnheitsmäßig zu qualifizieren, wenn „ihre Verwirklichung den Ausfluß eines durch Uebung entwickelten Hanges zu ihrer Begehung bildet“.¹⁷ Danach sind begriffswesentliche Merkmale dieser Definition „die wiederholte Verübung des betr. Delikts“ und weiter

¹⁵ v. Liszt/Schmidt, Lehrbuch S. 341: „Das geschäftsmäßige Verbrechen teilt mit dem gewerbsmäßigen den auf öftere Wiederholung gerichteten Entschluß, unterscheidet sich aber von ihm dadurch, daß die Absicht, sich einen Vermögensvorteil zu verschaffen, genügt.“

¹⁶ Ebenso Diez S. 143.

¹⁷ Ähnliche Umschreibungen in:

1. RGE 32.394: „die durch öftere Begehung entstandene Neigung zu weiteren Begehung der betreffenden Art“.
2. F. v. Liszt, Lehrbuch 1903 S. 242: „... wenn infolge wiederholter Begehung die Triebkraft des verbrecherischen Reizes verstärkt, die Widerstandskraft

die dadurch erworbene Seelenverfassung des Täters, die ihn zu einer wiederholten Verübung derselben Straftat führt. Danach ist somit neben der wiederholten Begehung die „gemeinsame seelische Grundlage“ entscheidend, die für die verbrecherische Tätigkeit kausal ist.

Im Gegensatz zur gewerbsmäßigen Tat wird sich somit die Gewohnheitsmäßigkeit nie schon aus nur einer Begehung ergeben können, es sei denn, es könne auf Grund von verjährten, früher schon erledigten oder sonst nicht mehr beachtlichen Delikten auf eine Neigung zu Verbrechensbegehung geschlossen werden.¹⁸

Bezüglich der Abgrenzung der von der deutschen Doktrin und Praxis entwickelten Gewohnheitsmäßigkeit zum Begriff der Gewerbsmäßigkeit ist folgendes festzustellen: Aus obigen Darlegungen erhellt eindeutig, daß der Begriff der Gewohnheitsmäßigkeit an den Seelenzustand des Täters anknüpft, und zwar dies dergestalt, als „eine durch mehrfaches Handeln erworbene Disposition zu fernerm Handeln in

geschmälert ist. Gewohnheit ist mithin der durch wiederholte Begehung einer Handlung hervorgerufene Hang zu deren weiterer Begehung...“

3. M. E. Mayer, Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, S. 171 f.: „Diejenige Handlung ist gewohnheitsmäßig begangen, die sich weniger aus der äußern Veranlassung und überwiegend aus dem Charakter (der Individualität) des Täters erklärt“. Beim fortgesetzten Delikt wurzle die Einheit im Motiv, beim gewohnheitsmäßigen im Charakter. Eine schärfere Bestrafung des gewohnheitsmäßig Handelnden sei gerechtfertigt, da die Tat aufs engste mit dem Täter verknüpft, als „Geist von seinem Geiste“ gewertet werden müsse. Im folgenden fordert Mayer die Schaffung eines allgemeinen gewohnheitsmäßigen Strafverschärfungsgrundes.

4. RGE 25.266: Sie „beruht auf einem Hang, einer durch Uebung ausgebildeten Neigung zur Begehung des betr. Delikts“.

¹⁸ 1. v. Hippel, deutsches Strafrecht S. 546: „Geschäfts- und Gewerbsmäßigkeit können schon im ersten Begehungsfalle nachweisbar sein; Gewohnheitsmäßigkeit kann aus früher erledigten Fällen folgen“. Dies wird auch dann angenommen, wenn nur ein Fall zur Aburteilung steht.

2. Anders Diez S. 144: „Vorliegen müssen mindestens 2 Delikte, doch können im weitem auch verjährte oder aus andern Gründen nicht mehr beachtliche Vergehen zur Feststellung der Gewohnheitsmäßigkeit herangezogen werden.“

3. Zu weit faßt m. E. v. Liszt, Lehrbuch, 1903, S. 242, den Begriff: „Für die Strafbarkeit genügt eine strafbare Handlung. Dann liegt allerdings ein Kollektivdelikt überhaupt nicht vor, und die höhere Strafbarkeit des einen, allein zur Aburteilung stehenden Verbrechens rechtfertigt sich nur durch den auf Wiederholung gerichteten Entschluß, oder durch den durch Wiederholung erzeugten Hang.“

4. M. E. dürfte es der Regelfall sein, wenn der „auf Wiederholung gerichtete Entschluß“ an Hand bereits begangener Delikte nachgewiesen werden kann. Dagegen wird der heutige Stand der Persönlichkeitserforschung der obigen Bemerkung v. Liszt's nicht gerecht, der die gewohnheitsmäßige Qualifikation unter Umständen auch schon bei bloß einmaliger Begehung annimmt.

gleicher Richtung“¹⁹ vorliegen muß. „Die Gewohnheitsmäßigkeit stellt somit einen Zustand, erworben durch mehrere Handlungen“²⁰, dar. Darunter darf nun aber nicht ein automatisches, gedankenloses Tun verstanden werden, was einer Ueberbetonung eines psychopathischen Moments gleichkäme, sondern „ein bewußtes Handeln, das sich so oft wiederholt, daß der Trieb dazu immer stärker wird und die Hemmungen dagegen sich abstumpfen“²¹. Eine Konfrontation mit dem gefundenen Begriff der Gewerbsmäßigkeit ergibt, daß bei letzterem der Hinweis auf einen derartigen Seelenzustand fehlt, daß vielmehr das Handeln des Täters zweckbestimmt ist, getragen von der Absicht, aus verbrecherischer Tätigkeit Einnahmen zu erzielen. Dies verlangt vom Täter eine „aktive Willenseinstellung“, im Gegensatz zu der „passiven Willenseinstellung des gewohnheitsmäßig handelnden Täters“.²²

Das schweizerische Recht hingegen kennt die Gewohnheitsmäßigkeit nicht als Strafzumessungsgrund. StGB 42, im Zusammenhange mit andern sichernden Maßnahmen, erwähnt in seiner Marginalie den Ausdruck „Gewohnheitsverbrecher“, der in der Folge definiert wird, als „wer wegen Verbrechen und Vergehen schon zahlreiche Freiheitsstrafen verbüßt hat, einen Hang zu Verbrechen oder Vergehen, zur Liederlichkeit oder Arbeitsscheu bekundet und wieder ein mit Freiheitsstrafe bedrohtes Verbrechen oder Vergehen verübt“. Dieser so umschriebene Gewohnheitsverbrecher, der wiederholt Rückfällige, der durch sein wiederholtes verbrecherisches Tätigwerden dargetut, daß die Anwendung der Mittel des Strafvollzugs ihm gegenüber unwirksam ist, kann nun vom Richter auf unbestimmte Zeit verwahrt werden, zum Schutze der menschlichen Gesellschaft.²³

¹⁹ v. Lilienthal, Kollektivdelikt S. 31.

²⁰ Diez, S. 145.

²¹ Heindl, Der Berufsverbrecher S. 163.

²² Diez, S. 145 mit Verweis auf Frowein S. 18.

²³ Thormann/Overbeck, Komm. zu Art. 42 N. 4: „Der Richter muß die Ueberzeugung gewinnen, daß die Zahl der verbüßten Freiheitsstrafen eine so große sei, daß auf die verbrecherische Neigung (Hang) geschlossen werden müsse, gegen welche die ordentliche Strafe eine ungenügende Sicherung der Gesellschaft gewähren würde.“

Und zwar müssen nun die beiden Voraussetzungen von StGB 42.1 kumulativ, nicht alternativ gegeben sein (Entscheid des Bernischen Obergerichts I. Strafkammer v. 8. 10. 42, abgedruckt RSS 1943 Nr. 35).

Auf Sicherungsverwahrung, die einem schweren Einbruch in die Persönlichkeitssphäre des Angeklagten gleichkommt, soll nach herrschender Auffassung aber nur dann erkannt werden, „wenn die Strafen, die das StGB dem Richter an die Hand gibt, sich als unwirksam erwiesen haben“ (Entscheid des Berni-

Bezüglich einer Abgrenzung zum Begriff der Gewerbsmäßigkeit ist folgendes festzustellen: Das schweizerische StGB lehnt bei der Umschreibung des Gewohnheitsverbrechers stark an die vom deutschen Recht entwickelte Gewohnheitsmäßigkeit an, fordert aber des weitern ein rein formales Element, nämlich die Verbüßung zahlreicher Freiheitsstrafen. Die Verwendung ist aber in beiden Rechten eine grundverschiedene, daher kommt auch einer Abgrenzung zur Gewerbsmäßigkeit im schweizerischen Recht eine ganz andere Bedeutung zu. Handelte es sich bei der deutschen Regelung vornehmlich darum, festzustellen, ob in einem konkreten Fall Gewohnheitsmäßigkeit oder Gewerbsmäßigkeit als eventuell strafscharfendes Moment gegeben sei, so ist im schweizerischen Recht zu untersuchen, ob und gegebenenfalls wann ein gewerbsmäßig handelnder Täter dem Art. 42 StGB unterliege: Beide Begriffe repräsentieren eine besondere Gefährlichkeit des Täters; für die Gewerbsmäßigkeit wird dieser Nachweis sub VIII erbracht werden, für die Gewohnheitsmäßigkeit ergibt sie sich aus dem Hang zu weiterer verbrecherischer Tätigkeit, wovon die menschliche Gesellschaft durch Unschädlichmachen des Täters geschützt werden muß. In beiden Fällen steckt somit ein Element, das im einen Fall zu einer schärferen Strafzumessung, im andern zu einer Verwahrung auf unbestimmte Zeit führt. Der gewerbsmäßige Delinquent wird dann zum Gewohnheitsverbrecher, wenn er die formalen Voraussetzungen von StGB 42 erfüllt und seine soziale Gefährlichkeit durch eine Prognose im Sinne der richterlichen Feststellung dargetan wird, er bekunde einen Hang zu Verbrechen oder Vergehen. Vorstrafen für gewerbsmäßig begangene Delikte oder eine neuerdings zur Aburteilung stehende gewerbsmäßige Tat können somit als Indizien für dessen soziale Gefährlichkeit, für eine allfällige

schen Obergerichts II. Strafkammer v. 3. 3. 42, abgedr. RSS 1943 Nr. 179). So verneinen ein Entscheid des Bernischen Obergerichts I. Strafkammer v. 8. 10. 1942 (RSS 1943 Nr. 34) und des Bundesgerichts v. 25. 6. 1943 (BGE 69 IV 99, RSS 1943 Nr. 268) die Notwendigkeit einer Verwahrung beim Vorliegen von 2 resp. 3 bereits verbüßten Freiheitsstrafen. Nach Zürcher Praxis soll die Unwirksamkeit aller Mittel des Strafvollzugs gegenüber dem Delinquenten sich erwiesen haben, bevor auf Verwahrung erkannt wird; so wird er beim Vorliegen von 10 Gefängnisstrafen zu einer längern Zuchthausstrafe (einer „letzten Chance“) verurteilt; wird er darauf wieder rückfällig, dann soll StGB 42 Platz greifen. — Ähnlich Vaud, cass. v. 15. 4. 1946 i. S. Chevalier (RSS 1946 Nr. 223): „Der Grund der Verwahrung liegt in der Unverbesserlichkeit des Beschuldigten. Der Strafvollzug ist in dieser Hinsicht eine dem Beschuldigten gegebene Warnung... Die Verwahrung wird deshalb weniger durch die Schwere der früher begangenen strafbaren Handlungen als vielmehr durch die Zahl gerechtfertigt.“

Annahme eines verbrecherischen Hanges und damit für Gewohnheitsverbrechertum gewertet werden. Man denke z. B. an den gewerbsmäßigen Einbrecher, der immer wieder vor den Schranken des Richters erscheint und sofort nach Verbüßung der ausgefallten Strafe sein lichtscheues Gewerbe erneut aufnimmt. Und gerade aus diesem Fall ergibt sich die Aufgabe jeglicher gewerbsmäßiger Strafschärfung im Sinne eines bestmöglichen Schutzes der menschlichen Gesellschaft, bis dann, falls sich die Unempfänglichkeit gegenüber den Mitteln des Strafvollzugs erwiesen hat, die formalen Voraussetzungen von StGB 42 erfüllt sind, eine dauernde Verwahrung und damit die Unschädlichmachung des Täters angeordnet werden kann. Des weitern kann sich da eine scharfe Bestrafung kriminalpolitisch günstig auswirken, wo die Tat eines gewerbsmäßig handelnden Verbrechers noch nicht als seiner Persönlichkeit adäquat angesprochen werden muß. Die lange Strafdauer, zur fachgemäßen Erlernung eines sozialen Berufes ausgenützt, dürfte eine endgültige Resoziiierung des Täters günstig beeinflussen (Spezialprävention). Verschiedene Vergehen, die zu einer Vorstrafe wegen eines gewerbsmäßig begangenen Delikts geführt haben, sind als Kollektivdelikt, die Strafe im Sinne von Art. 42.1 somit als *eine* Vorstrafe zu bewerten. Es kann somit auch dann nicht auf Verwahrung erkannt werden, wenn bei zweiter Aburteilung eine sehr große Zahl von gewerbsmäßig verübten Delikten nachgewiesen werden kann. Dies mag auf den ersten Blick unbillig erscheinen, ergibt sich aber aus der ratio legis, die diese schwere Sanktion nur da angewandt wissen will, wo eindeutig feststeht, daß ein wiederholtes Einwirken des Strafsystems die Unzulänglichkeit der angewandten Methoden dartat.²⁴

VI. Fortgesetztes Verbrechen

Das StGB erwähnt nirgends expressis verbis den Fall, wo verschiedene einzelne deliktische Handlungen zu der Einheit eines fortgesetzten Deliktes zusammengefaßt werden. In steter Praxis hat das Bundesgericht dieses Institut anerkannt²⁵ und darunter verstanden die „*répétition identique ou analogue d'actes délictueux qui lèsent le*

²⁴ Vgl. Hafter, Allg. Teil II. Aufl. S. 390: „Entscheidend ist, daß für die Verhängung der Verwahrung der besondere Zustand eines Rechtsbrechers, nicht die Schuld, die er durch die einzelne zu beurteilende Tat auf sich geladen hat, maßgeblich ist“. — Des weitern BGE 69 IV 53: „Die Verwahrung ist Zustandsbehandlung“.

²⁵ Vgl. BGE 56 I 77/78; 56 I 315; 68 IV 99.

même genre d'intérêts protégés par le droit et procèdent d'une décision unique". Voraussetzung ist somit neben der „wiederholt gleichen oder ähnlichen Verübung strafbarer Handlungen, die gleichartige Rechtsgüter verletzen“, ein einheitlicher Willensentschluß.²⁶

Ohne die Problematik dieses Begriffes abklären zu wollen, schließe ich mich der Meinung des Bundesgerichtes an, das der Einheitlichkeit des Willensentschlusses ebenfalls begriffswesentliche Bedeutung beimißt. Von dieser Umschreibung ausgehend, ergäbe sich folgende Abgrenzung zum Begriff der Gewerbsmäßigkeit, deren wirtschaftliche Intensität aus einer Mehrheit von strafbaren Handlungen resultiert; ergäbe sich diese aus nur einer einzelnen zu beurteilenden Tat, so wäre eine Abgrenzung darin zu erblicken, daß ein fortgesetztes Delikt nie beim Vorliegen nur einer Tat angenommen werden kann, denn dann wäre das wichtigste Kriterium des fortgesetzten Verbrechens nicht erfüllt, nämlich die mehrmalige Begehung. Schon bei Erörterung des Moments einer „gesteigerten wirtschaftlichen Intensität“ als begriffswesentliches Kriterium der Gewerbsmäßigkeit wurde die Einheitlichkeit des Willensentschlusses betont, die in der Absicht des Gewerbetreibenden, durch auf dauernden Erwerb gerichtete Tätigkeit sich Einnahmen zur Deckung des Lebensunterhaltes zu verschaffen, ihre Parallele in der sozialen Ordnung findet. Damit geht der verbrecherische Wille bei der Gewerbsmäßigkeit nicht nur auf die wiederholte Begehung von Delikten gleicher oder doch zumindest ähnlicher Art, sondern darüber hinaus auf Erzielung eines möglichst hohen materiellen Gewinns. Und damit ist das entscheidende Unterscheidungsmerkmal gefunden: der ge-

²⁶ Anderer Ansicht ist Hafter, Lehrbuch Allg. Teil 1946 S. 346: „Abzulehnen ist, daß die fortgesetzte Verübung die Ausführung eines einmaligen, auf einen bestimmten Erfolg gerichteten Entschlusses sein muß“. In der Folge kommt er zur Konstruktion eines fahrlässig fortgesetzten Delikts. — Ebenso v. Liszt, Lehrbuch 1919 S. 222: „... eine ununterbrochene, stoßweise wiederholte Verwirklichung desselben deliktischen Tatbestandes“, wobei er bloß die „Gleichartigkeit der bisher nicht bestraften Handlungen“ verlangt.

Gleicher Ansicht wie das Bundesgericht sind Diez S. 147 ff. und Thormann-Overbeck, Komm. zu Art. 68 StGB, die auf einen „gewissen zeitlichen Zusammenhang“ hinweisen, „der auf einen einheitlichen Willensentschluß hindeutet“ (vgl. in diesem Zusammenhange die Ausführungen sub § 5 III ciff. 5 zu Anlaß der Diskussion des Moments einer gesteigerten wirtschaftlichen Intensität). Vgl. auch E der I. bern. Strafkammer v. 9. 11. 1944 i. S. Jenni (RSS 1947 Nr. 170, ZBJV 1946 Nr. 269). — In einem Entscheid des solothurn. Obergerichts (vom 16. 7. 1936, abgedr. i. Rechenschaftsbericht) wird die Einheitlichkeit des Vorsatzes dahingehend präzisiert, als ein bloß allgemeiner Plan, ein vorgefaßter Entschluß, bei sich bietender Gelegenheit die Straftat zu wiederholen, noch nicht genügt.

werbsmäßig handelnde Täter begeht seine Delikte im Hinblick auf die Erzielung einer Einnahmensquote, er wertet sie somit als Mittel zum Zweck; beim fortgesetzten Delikt liegt dieses einengende Kriterium nicht vor.²⁷ Gewerbsmäßigkeit kann somit unter Berücksichtigung der oben erwähnten Einschränkung und all der diese Umschreibung einengenden begriffswesentlichen Momente als ein Sonderfall eines fortgesetzt begangenen Delikts angesehen werden.²⁸ Während sich nun aber die Strafzumessung beim fortgesetzten Verbrechen nach den allgemeinen Art. 63 und 68 StGB²⁹ regelt, greifen für das gewerbsmäßig begangene Delikt die Sonderbestimmungen des Besondern Teils ein.

VII. Wiederholung

Darunter ist, einer grammatikalischen Auslegung zufolge, eine Mehrheit von Handlungen, die sich gegen dasselbe Rechtsgut richten, zu verstehen. Zur Abgrenzung gegenüber dem fortgesetzten Verbrechen ist zu sagen, daß auch hier Gleichartigkeit des verletzten

²⁷ Zu generell gleichem Ergebnis kommt Diez S. 147 f.: „Auch bei der Gewerbsmäßigkeit ist ein einheitlicher Willensentschluß vorhanden: sich durch die fortgesetzte Verbrechensbegehung eine Einnahmequelle zu verschaffen. — Im Gegensatz zum fortgesetzten Delikt, das rein numerisch klassiert, wertet die Gewerbsmäßigkeit die verschiedenen Delikte materiell (cit. Schaub S. 71) als schwerer dadurch, daß bei ihnen ein gemeinsamer, über die Verbrechensbegehung im einzelnen hinausgehender, nämlich auf die Erwerbstätigkeit gerichteter Wille vorhanden ist, der im Gegensatz zum fortgesetzten Verbrechen die Annahme erhöhten Verschuldens und damit eine Strafschärfung als gerechtfertigt erscheinen läßt.“

²⁸ Ebenso E des Jugendgerichts Baden v. 20. 1. 1949 i. S. W. — Dagegen geht Waiblinger (Z. 58 S. 212 f.) m. E. zu weit, wenn er annimmt, daß bei mehrmaligen, an verschiedenen Frauen vorgenommenen Abtreibungen ein fortgesetztes Delikt nicht anzunehmen sei, „da zur Annahme des Fortsetzungszusammenhangs das Moment der Gleichartigkeit des angegriffenen Rechtsgutes fehle“. Dies sei der Fall bei Verletzung von verschiedenen Personen zustehenden Rechtsgütern höchstpersönlicher Natur. So sei in obigem Falle kein fortgesetztes Delikt anzunehmen, wohl aber könne eine gewerbsmäßige Begehung vorliegen (ebenso RGE 59.28; 53.274; 57.163). — Gerade aus der Tatsache, daß auf ein gewerbsmäßig begangenes Delikt zu erkennen wäre, erhellt das Gegenteil.

²⁹ Art. 63 StGB: „Der Richter mißt die Strafe nach dem Verschulden des Täters zu; er berücksichtigt die Beweggründe, das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse des Schuldigen.“

Art. 68 StGB: „Hat jemand durch . . . mehrere Handlungen mehrere Freiheitsstrafen verwirkt, so verurteilt ihn der Richter zu der Strafe der schwersten Tat und erhöht deren Dauer angemessen“ (Realkonkurrenz).

Rechtsgutes vorliegen muß, nicht aber ein einheitlicher Willensentschluß. Damit ist auch das maßgebliche Unterscheidungsmerkmal gegenüber der Gewerbsmäßigkeit aufgedeckt, denn es fehlt dem wiederholten Delikt der innere Zusammenhang zwischen den einzelnen Handlungen, der sich beim gewerbsmäßigen Verbrechen durch die Absicht, sich durch asoziales Verhalten Einnahmen zu verschaffen, dartut, wozu dann noch eine ganze Reihe einengender begriffswesentlicher Momente hinzukommen. Diese Unterscheidung ergibt dann auch die maßgeblich andere Behandlung in der Strafzumessung: Für die Wiederholung gilt die Bestimmung von StGB 68.1 (Realkonkurrenz), während für die Gewerbsmäßigkeit der von Tatbestand zu Tatbestand verschiedene Strafraumen Platz greift.

VIII. Rückfall

StGB 67 regelt den Rückfall und versteht darunter den Tatbestand, „da jemand erneut zu Zuchthaus oder Gefängnis verurteilt wird und zur Zeit der Tat noch nicht fünf Jahre vergangen waren, seit er eine frühere Zuchthaus- oder Gefängnisstrafe verbüßt hat oder aus einer Verwahrungs-, Arbeitserziehungs- oder aus einer Heilanstalt für Trinker und Rauschgiftkranke (StGB 42—45) entlassen oder ihm die Strafe durch Begnadigung erlassen wurde“.³⁰ Eine begriffliche Abgrenzung gegenüber der Gewerbsmäßigkeit stößt auf keinerlei Schwierigkeiten, da all die formalen Voraussetzungen, wie sie der Art. 67 enthält, für die gewerbsmäßige Begehung entfallen, so vor allem das Moment einer bereits vorangegangenen Verurteilung und Verbüßung. Dies kann natürlich mithin ein Indiz für die Annahme einer gewerbsmäßigen Qualifikation sein. Man denke vor allem an den Fall, da ein gegen Entgelt Abtreibender immer wieder wegen des Verstoßes gegen dasselbe Rechtsgut vor den Strafrichter kommt. Als besondere Strafschärfungsbestimmung geht hierbei die gewerbsmäßige Qualifikation der allgemeinen Rückfallsbestimmung vor.³¹ Wie die Gewerbsmäßigkeit ist auch die Rückfallschärfung als ein Kampfmittel gegen das akute, chronische Verbrechertum aufzufassen, gegen das noch nicht mit Art. 42 (Verwahrung) vorgegangen werden kann. Als Strafzumessungsgrund stellt der Rückfall wie die

³⁰ S. Thormann / Overbeck, Komm. zu Art. 67 Nr. 5. — Eine generelle Umschreibung findet sich in Hafter, Allg. Teil 1946 S. 366: „... die Verübung eines Delikts nach gänzlicher oder teilweiser Ersthörung oder Erlassung einer Strafe, die wegen eines früher begangenen Delikts ausgesprochen wurde.“

³¹ Hafter, Allg. Teil 1946 S. 370.

Gewerbsmäßigkeit auf das Verschulden des Täters ab, wobei bei ersterem, wie beim Gewohnheitsverbrechertum, dem Umstand Bedeutung zukommt, daß die vorangegangene Strafe sich als unwirksam erwiesen hat.³² Aus dieser Gegenüberstellung zur Rückfallschärfung erhellt einmal mehr die kriminalpolitische Bedeutung einer gewerbsmäßigen Qualifikation: Ein intensiver verbrecherischer Wille soll schon, wenn möglich bei seiner ersten Manifestation, entscheidend getroffen werden durch Ausfällung einer langen Freiheitsstrafe, in deren Verlauf die Strafvollzugsorgane Gelegenheit haben, nachhaltig auf den Delinquenten einzuwirken.³³ Daß diesem Gedanken eine allgemeine gewerbsmäßige Strafschärfung im allgemeinen Teil des StGB analog der Rückfallsbestimmung gerechter würde, als dies die bisherige Regelung tut, darauf wird noch sub § 13 III, hingewiesen werden.

IX. Die Gefährlichkeit

Gefährlichkeit wird allgemein da angenommen, wo „es sich um einen Täter handelt, der offenbar auch in Zukunft wieder so handeln könnte, wenn er sich in ähnlicher Lage befände“³⁴, d. h. es muß die Tat der Persönlichkeit des Täters adäquat sein, der „Gesinnung des Täters“³⁵ entspringen. Es ist also in diesem Zusammenhang nicht so sehr auf die objektive Gefahr, die der menschlichen Gesellschaft durch die einzelne zu beurteilende asoziale Verhaltensweise des Delinquenten entstanden ist, abzustellen, als vielmehr auf die Frage, ob darin ein erhöhter Grad von Persönlichkeitsadäquanz erblickt werden muß, ob vom gleichen Täter weitere deliktische Verstöße erwartet werden müssen.³⁶ Dieses Kriterium ist entscheidend für eine Annahme

³² Vgl. einen Entscheid des thurgauischen Obergerichts vom 30. 9. 1940 (abgedr. i. Rechenschaftsbericht): „Kriminalpolitischer Zweck jeder Rückfallsverschärfung ist, daß diese nur dann zur Anwendung gelangen kann, wenn die Strafe für das frühere Vergehen verbüßt ist, es sich also gezeigt hat, daß diese ihren Zweck nicht erreichte.“

³³ Ebenso Diez S. 150.

³⁴ Thormann / Overbeck, Komm. zu Art. 112 N. 6. Ähnlich Germann, Verbrechen S. 61: „Gefährlich ist der Täter dann, wenn nach den Umständen der Tat und namentlich nach den Motiven oder andern persönlichen Verhältnissen des Täters anzunehmen ist, er würde auch künftig in solcher Weise verbrecherisch tätig werden.“

³⁵ Hafter, Lehrbuch Bes. Teil 1. Hälfte S. 248.

³⁶ Vgl. E schwyzer. Kriminalgericht vom 12. 11. 1946 (RSS 1947 Nr. 177); E schwyzer. Kriminalgericht vom 5. 11. 1945 (RSS 1947 Nr. 116); E der baselstädt. Jugendstrafkammer vom 25. 4. 1945 (SJZ 42 S. 60 Nr. 21).

der Gefährlichkeit im Einzelfalle. Wie bei vielen andern Momenten, die an die Gesinnung, die psychische Verfassung des Täters anknüpfen, wie z. B. Gewinnsucht, Gewohnheitsmäßigkeit, die teils Strafschärfung, teils sichernde Maßnahmen nach sich ziehen, so sind auch hier einer genauen Persönlichkeitserforschung Grenzen gesetzt. Es wird somit in der Mehrzahl der Fälle die Gefährlichkeit erst beim Vorliegen von mehreren strafbaren Handlungen angenommen werden können, da beim Vorliegen nur einer Tat der Nachweis, es entspringe der verbrecherische Akt der Eigenart des Täters, nur schwer erbracht werden dürfte.

Das Verhältnis dieses Begriffs zur Gewerbsmäßigkeit regelt nun StGB 137.2, woraus hervorgeht, daß bandenmäßige und gewerbsmäßige Begehung Sonderformen der „besondern Gefährlichkeit“ sind.³⁷ Dies leuchtet ein, denn der gewerbsmäßige Verbrecher, dessen besonders intensiver verbrecherischer Wille durch derart viele einengende Momente, wie es das Erwerbsmoment, das Kriterium einer Anwendung von produzierten Produktionsmitteln, eine gesteigerte wirtschaftliche Intensität u. a. m. darstellen, dargetan ist, ist in dem Sinne für die menschliche Gesellschaft gefährlich, als seine Zielsetzung, nämlich auf verbrecherischem Wege Einkünfte zu erzielen, darauf schließen läßt, daß auch in Zukunft mit größter Wahrscheinlichkeit weitere Delikte zu erwarten sind.³⁸ Man denke in diesem Zusammenhang nur etwa an einen Einbruchsdieb, der auf Grund einer ausgefeilten Technik und Taktik sein deliktisches Handwerk tätigt.

X. Die bandenmäßige Begehung

Art. 137.2 StGB erwähnt neben der Gewerbsmäßigkeit und der besondern Gefährlichkeit auch noch die bandenmäßige Begehung als qualifizierte Diebstahlsform. Voraussetzung ist somit, daß der Täter

³⁷ Vgl. BIZR 41/90 (1942): „Die Gewerbsmäßigkeit bildet somit eine besondere, vom Gesetzgeber speziell hervorgehobene Spielart der besondern Gefährlichkeit.“ — Dann auch RSS 1943 Nr. 74 (thurgauische Kriminalkammer 23. 1. 1942) und RSS 1943 Nr. 201 (zürcher. Obergericht 25. 6. 1942 und 27. 8. 1942). Dies geht auch aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes mit aller Deutlichkeit hervor. So führte Prof. Hafer in der II. Expertenkommission aus (Prot. derselben Bd. II S. 288): man müsse „... zunächst einige Spezialfälle vorsehen und dann mit einer Generalklausel schließen, welche gewissermaßen den Grundgedanken zusammenfaßt“. (Abgedr. in SJZ 40 Nr. 182 S. 300.)

³⁸ Ebenso Diez S. 151.

den Diebstahl „als Mitglied einer Bande ausführt, die sich zur fortgesetzten Verübung von Raub oder Diebstahl zusammengefunden hat“.³⁹ Die Intensität des verbrecherischen Willens manifestiert sich in der Absicht, mehrere Verbrechen zu begehen, und dies im Rahmen einer Bande, „einer Vereinigung zu mehreren Verbrechen“⁴⁰, d. h. organisiert, planmäßig. Mithin kann unter Umständen dieser bandenmäßig qualifizierte Diebstahl zur gewerbsmäßigen Begehung in das Verhältnis einer Idealkonkurrenz im Sinne von StGB 68.1 treten.⁴¹ Dies ist der Fall, wenn die zahlreichen Kriterien, die an den Begriff der Gewerbsmäßigkeit geknüpft sind, erfüllt sind und die wirtschaftliche Intensität an Hand mehrerer Delikte nachgewiesen ist, da zum sichern Nachweis einer Bandenmäßigkeit eine konkrete Handlung in der Regel nicht ausreichen dürfte, es sei denn, dieses Moment ergäbe sich aus überzeugenden konkreten Umständen. Trifft solches nun zu, d. h. liegt sowohl Gewerbs- wie Bandenmäßigkeit vor, dann hat dies eine erneute Strafschärfung zur Folge, und dies zu gutem Recht: als ein Strafrecht, das das Verschulden für die Strafzumessung als relevant erklärt, muß hier eine schärfere Strafandrohung Platz greifen, da das Verschulden in diesem Falle schwerer ist, tritt doch zu all den Momenten, die die Gewerbsmäßigkeit charakterisieren und die alle auf das Kriterium eines verbrecherisch intensiven Willens abstellen, noch ein weiteres, ein Tätigwerden im Rahmen einer Bande.

Gewerbsmäßigkeit und Bandenmäßigkeit sind Sonderformen der Gefährlichkeit. Sind beide kumulativ gegeben, dann muß die Regelung von StGB 68.1 (Idealkonkurrenz) Platz greifen.⁴²

³⁹ In näherer Umschreibung dieser Definition Diez, S. 153: „Die besonderen Voraussetzungen des fortgesetzten Delikts brauchen aber hier nicht vorzuliegen“, und Thormann / Overbeck, Komm. zu Art. 137 N. 30, wonach entscheidend ist die den Zweck der Bande bildende, immer wiederholte, möglichst gemeinsame Verübung solcher Verbrechen, sei es in Form konkurrierender oder fortgesetzter Taten. Dabei kann eine Bande auch von 2 Personen gebildet werden (E zürcher. Obergericht III. Kammer A vom 17. 5. 1945, SJZ 41 S. 306 Nr. 144). — Des weitem stellt E baselstädt. Appellationsgericht vom 26. 5. 1943 i. S. HW. und EB. (RSS 1947 Nr. 117) fest, daß dabei die gemeinsame Absicht von vornherein auf die Verübung einer Mehrheit selbständiger, noch nicht individuell bestimmter Diebstähle gerichtet sein müsse.

⁴⁰ Thormann / Overbeck, Komm. Vorbemerkung zu Art. 24—26 N. 9.

⁴¹ Vgl. Diez S. 153: „Wohl in den meisten Fällen dient der Zusammenschluß zur Bande der erhöhten Gewinnziehung. Somit handelt es sich gewissermaßen um eine ‚verbrecherische Gesellschaftsform‘, die das verbrecherische Gewerbe gewinnbringender gestalten soll.“ Daß in diesen Fällen mit der vollen Schärfe des Gesetzes vorgegangen werden soll, ist unbedingtes kriminalpolitisches Erfordernis.

⁴² A. A. BGE 72 IV 112.

§ 7. Einzelfragen

Vorgängig einer Betrachtung der einzelnen konkreten Tatbestände seien noch einige Einzelfragen abgeklärt, die sich aus der neu gefundenen Definition und aus der Charakterisierung der gewerbsmäßigen Tat als Kollektivdelikt ergeben.¹

*I. Fragen der Konkurrenz*²

Es stellt sich in diesem Zusammenhange die Frage, wie der Richter bei Bejahung der Gewerbsmäßigkeit die Strafe zuzumessen habe, insbesondere, ob bei mehrmaliger Begehung die Regelung von StGB 68.1 (Realkonkurrenz) anwendbar sei, was das Gesetz nirgends ausdrücklich ausschließt. Dies kann nun m. E. nicht angenommen werden, zufolge der Einheitlichkeit des Willensentschlusses, dem die verschiedenen Einzelhandlungen entspringen. „Das Gesamtverhalten tritt in den Vordergrund, wogegen die einzelnen Handlungen zurücktreten: das Hauptgewicht wird von der Tat auf den Täter verlegt.“³ Die ratio der Strafschärfung liegt somit nicht in der Anzahl der Einzel-taten, sondern in der ihnen zugrunde liegenden Willensdisposition.

Aus einer sinngemäßen Auslegung der allgemeinen Strafzumessungsregel des Art. 63 StGB (Verschuldensprinzip) folgt, daß in den Fällen, da im Rahmen einiger Tatbestände ein höherer Strafrahmen für eine gewerbsmäßige Begehung statuiert wurde, nur dieser allein zur Anwendung kommen sollte, wobei dann der Richter eine sehr große verbrecherische Intensität in diesem Rahmen immer noch voll auf berücksichtigen könnte. Dies entspricht dem Charakter der Gewerbsmäßigkeit als einem Kollektiv- oder Gesamtdelikt, wie sie die deutsche Lehre kennt, worunter eine „Verbindung verschiedener Delikte zu einer Einheit, einer Kollektivität, da sie auf derselben qualifizierten Absicht resp. demselben Rang beruhen“, verstanden wird.⁴ Mit Diez halte ich aber diese begriffliche Umschreibung nicht für befriedigend, da mehrmalige Begehung für die gewerbsmäßige Tat ja nicht begriffswesentlich ist.⁵ Anders verhält es sich dann, wenn verschiedene gewerbsmäßig qualifizierte Delikte miteinander konkurrieren, so z. B. gewerbsmäßiger Diebstahl und gewerbsmäßiger

¹ Vgl. dazu auch die Ausführungen Diez S. 156 ff.

² Vgl. dazu insbesondere Diez S. 156 f.

³ Diez, S. 156; ebenso Germann, Verbrechen S. 85.

⁴ Waiblinger, Z. 58 S. 212.

⁵ Diez, S. 158.

Betrug.⁶ Aus der Tatsache, daß das StGB die Gewerbsmäßigkeit als allgemeinen Strafzumessungsgrund im Rahmen des allgemeinen Teiles nicht kennt, folgt, daß der Richter in einem solchen Falle die Strafe der schwersten Tat (hier die qualifizierte Betrugsstrafe) gemäß StGB 68.1 angemessen zu erhöhen hat.⁷

II. Teilnahmeformen

Auf die Würdigung der Gehilfenschaft und Anstiftung wurde bereits bei Anlaß der Frage einer Aufnahme des Moments der Selbstständigkeit in die Umschreibung der asozialen Gewerbsmäßigkeit hingewiesen. Nur stichwortartig sei in diesem Zusammenhange darauf eingegangen und für Näheres auf § 5 I⁸ verwiesen: Bei der Gewerbsmäßigkeit handelt es sich um einen Fall „besonderer Verhältnisse, Eigenschaften und Umstände, die die Strafbarkeit erhöhen...“⁹, weshalb auch gewerbsmäßige Teilnahme zu nicht gewerbsmäßiger Haupttat schärfer zu bestrafen ist. Somit ist selbständig zu prüfen, ob auch beim Gehilfen oder Anstifter die verschuldensmäßig schwerer wiegenden Momente vorliegen, die allein die höhere Strafandrohung rechtfertigen.

III. Erscheinungsformen der gewerbsmäßigen Tat (Vollendung, Versuch, Vorbereitung)

Große praktische Bedeutung kommt dieser Untersuchung nicht zu, da das StGB grundsätzlich Vollendung und Versuch (bei fakultativer Strafmilderung des letzteren — StGB 21, 22) einander gleich-

⁶ Vgl. z. B. E des zürcher. Obergerichts vom 14. 11. 1946 (RSS 1948 Nr. 32, BIZR 45 Nr. 181).

⁷ Diez S. 157.

⁸ Ebenso BGE 70 IV 125 f.; Germann, Teilnahme S. 62 ff., Diez S. 159 f. — Ferner RGE 71. 72 ff. (1938): „Es genügt nicht, daß der Teilnehmer die Gewerbsmäßigkeit der Handlungsweise des Täters gekannt hat und ihm hierzu hat Beihilfe leisten wollen. Eine Verurteilung wegen Beihilfe zu gewerbsmäßiger Unzucht mit Männern ist daher nur möglich, wenn sich der Gehilfe durch die Beihilfe selbst eine Einnahmequelle von gewisser Dauer hat verschaffen wollen.“ — RGE 72. 225 ff. (1939): „Ist die Gewerbsmäßigkeit Tatbestandsmerkmal, so ist hier der Teilnehmer auch strafbar, wenn er sich selber keinen Erwerb verschaffen will, sofern er die Gewerbsmäßigkeit des Haupttäters kennt; trifft dies nicht zu, so ist er straflos.“ Ebenso Schaub, S. 88. M. E. sollte aber auch in diesem Falle auf die Absicht des Teilnehmers abgestellt werden, sich durch derartige asoziale Verhaltensweise Einnahmen zu verschaffen, und nicht bloß auf die Kenntnis, daß der Haupttäter gewerbsmäßig handelte.

⁹ StGB 26.

stellt.¹⁰ Prinzipiell ist das gewerbsmäßige Delikt schon bei erstmaliger Verwirklichung des Grunddeliktes in der Absicht, sich in Zukunft aus gleicher Betätigung Einnahmen zu verschaffen, vollendet. Anderseits läge ein versuchtes Delikt vor bei „vorsätzlicher, auf die Verwirklichung desselben erkennbar hinzielender Betätigung, ohne daß der Täter den Tatbestand erfüllt hat“¹¹. Somit ist der Versuch eines gewerbsmäßigen Delikts einmal dann gegeben, „wenn die erste, gewerbsmäßig begangene Handlung im Stadium des Versuchs stecken bleibt“¹², des weitern aber auch dann anzunehmen, „wenn der Täter beabsichtigte, Verbrechen gewerbsmäßig auszuführen, zuerst aber ein einzelnes Delikt ausführt, um auszuprobieren, ob er das nötige Geschick besitze, solche Verbrechen gewerbsmäßig zu begehen, dann aber, da sich die Umstände als ungünstig erwiesen, es bei diesem ersten Verbrechen bewenden läßt“¹³.

Im folgenden wird kurz die begriffliche Umschreibung der Gewerbsmäßigkeit an Hand der beiden Erscheinungsformen des Versuchs diskutiert werden. Praktisch sind derartige Fälle, wie erwähnt, kaum je von Bedeutung, da der Streubereich dieser Bestimmungen minim ist (für den Fall einmaliger Begehung noch um ein Vielfaches geringer als die Fälle, da bei Vollendung der gewerbsmäßigen einmaligen Tat auf Gewerbsmäßigkeit erkannt werden könnte).

1. *Vollendeter Versuch* liegt allgemein dann vor, wenn der Täter alles getan hat, um den deliktischen Erfolg zu erreichen, dieser aber aus irgendeinem Grunde, der dem Täter nicht zugute gehalten werden kann, nicht eintritt (StGB 22.1).¹⁴ Auf den Tatbestand eines vollendeten Versuchs eines gewerbsmäßigen Delikts übertragen, hieße das, daß der Täter alle Kriterien einer gewerbsmäßigen Begehung erfüllt haben muß. Dies ist z. B. in dem Falle anzunehmen, da bei erstmaliger Abtreibung Instrumente angeschafft und erfolglos angewandt wurden, hohes Entgelt entgegengenommen und Anstalten getroffen wurden, um die Bereitschaft zu weiterem asozialem Verhalten einem weitem Personenkreis kundzutun. Die gewerbsmäßige Qualifikation kann aber auch in diesem Falle nur dann Platz greifen, wenn der Richter zur Ueberzeugung gelangt, der Täter werde sich in Zu-

¹⁰ Vgl. dazu Diez S. 160 f.

¹¹ Hafter, Lehrbuch, Allg. Teil 1946 S. 202.

¹² Diez, S. 160; denkbar wäre m. E. aber auch mehrmaliger Versuch eines gewerbsmäßigen Delikts, so z. B. bei Anwendung von Abtreibungsinstrumenten in einer Vielzahl von Fällen, wobei aber der Erfolg jeweils ausblieb.

¹³ Diez, S. 160 f., wobei in diesem Zusammenhang ausdrücklich auf die Beispiele der Abtreibung und Geldfälschung verwiesen wird.

¹⁴ Ebenfalls beim Vorliegen tätiger Reue (StGB 22.2).

kunft gleichermaßen verhalten. Des weitern wäre vollendeter Versuch eines gewerbsmäßigen Diebstahls da anzunehmen, wo nach einem zuvor ausgeklügelten Plan unter Zuhilfenahme von Einbruchswerkzeugen zwei Täter wiederholt in ein Fabrikgebäude eindringen, um dort Pläne zu stehlen, die dann der Konkurrenzfirma hätten verkauft werden sollen, in der Folge aber in ihrem Vorhaben gestört worden sind.

2. *Unvollendeter Versuch* liegt allgemein dann vor, wenn der Täter, allenfalls aus eigenem Antriebe¹⁵, die strafbare Handlung nicht zu Ende führt (StGB 21). Somit ist unvollendeter Versuch eines gewerbsmäßigen Deliktes dann anzunehmen, wenn die Absicht des Täters auf Verübung des qualifizierten Verbrechens ging, in der Folge dann aber dieser Wille nicht vollends in die Tat umgesetzt wurde. Dogmatisch sind in diesem Zusammenhange zwei Fälle zu unterscheiden, je nachdem, ob nur die qualifizierte oder aber die gesamte Tätigkeit nicht zu Ende geführt wurde; so z. B. je nachdem, ob nur der vorher vereinbarte hohe Abtreiberlohn nicht angenommen wurde und der Eingriff als solcher erfolglos blieb, oder ob der Eingriff überhaupt nicht vorgenommen wurde.

Die *Vorbereitungshandlungen* sind allgemein straflos, somit auch im besondern, wenn diese auf eine mögliche gewerbsmäßige Begehung hinzielten. Darunter fielen z. B. Rekognoszierungen bezüglich der Möglichkeit eines Einbruchs in ein Haus, die Beschaffung von Produktionsmitteln (Gummihandschuhe, Stemmeisen u. a.), die Suche nach einem zum Zwecke der Kuppelerei geeigneten Appartement.

IV. Fahrlässigkeit

Eine fahrlässige Begehung ist in diesem Zusammenhang nicht denkbar, da sämtliche begriffswesentlichen Elemente der asozialen Gewerbsmäßigkeit ein Handeln mit Wissen und Willen zur Voraussetzung haben. Es ist ja die *Absicht* des gewerbsmäßig handelnden Täters, durch dauernde asoziale Tätigkeit Einnahmen zu erzielen, und allein dieses Motiv schließt schon die Möglichkeit einer gewerbsmäßigen Verübung eines fahrlässigen Delikts wie auch die fahrlässige Begehung eines gewerbsmäßigen Verbrechens aus.¹⁶

¹⁵ Rücktritt im Sinne von StGB 21.2.

¹⁶ Ebenso Diez S. 161.

V. „*Ne bis in idem*“¹⁷

Zu Anlaß des Abschlusses des Allgemeinen Teiles soll noch zur Frage Stellung genommen werden, ob in dem Falle, da ein Täter wegen gewerbsmäßiger Begehung einer strafbaren Handlung verurteilt wurde und da nach ergangenen Urteil noch weitere, in denselben Zusammenhang gehörende einzelne Delikte zur Kenntnis der Behörden gelangen, ein neues Strafverfahren aufgenommen werden solle oder nicht. Dies wird von der deutschen Doktrin¹⁸ verneint, die die gewerbsmäßige Tat als ein Kollektivverbrechen charakterisiert. Das Bundesgericht bekannte sich ebenfalls dazu¹⁹, und Diez unterstrich die Bedeutung dieser These mit dem Hinweis, daß „im Verhältnis zum Vorsatz, als Ganzes gesehen, nicht entscheidend sein könne, ob noch ein weiterer Einzelakt, den das Gericht nicht beurteilt hat, später bekannt werde“.²⁰ Dies ist m. E. richtig, denn „würde er Gegenstand eines neuen Urteils, so hieße dies: Beurteilung einer *res iudicata*, was gegen ‚*ne bis in idem*‘ verstieße“.¹⁴ Daher können derartige noch nicht beurteilte Einzelhandlungen auch dann nicht mehr in ein neues Verfahren einbezogen werden, wenn im Anschluß an die Urteilsfällung der Täter erneut gewerbsmäßig delinquierte.²¹ Höchstens könnte eine solche spätere Entdeckung als Indiz herangezogen werden und im Rahmen des nachfolgenden Verfahrens eine schärfere Bestrafung rechtfertigen.

Wird dagegen nicht auf Gewerbsmäßigkeit erkannt, dann müssen die im Rahmen des vorangegangenen Prozesses nicht zur Kenntnis der Behörden gelangten Straftaten in einem neuen Verfahren beurteilt werden; allenfalls unter Ausfällung einer Zusatzstrafe im Sinne von StGB 68.2.

¹⁷ Vgl. dazu Diez S. 164 ff.

¹⁸ So Gerland, Der deutsche Strafprozeß 1927 S. 435; Graf v. Dohna, Das Strafprozeßrecht 1925 S. 206; Schaub, Begriff der Gewerbsmäßigkeit S. 81; Frowein, Das gewerbsmäßige und gewohnheitsmäßige Verbrechen S. 45 ff. — Unter ausdrücklicher Abweichung dieser Praxis zwei neuere Entscheide des Reichsgerichts (RGE 72.164 [1939] und RGE 72.285 [1939]), die beide auch einer im Rahmen einer gewerbsmäßigen Begehung begangenen Abtreibung den selbständigen Charakter dieser einzelnen Lohnabtreibung nicht absprechen.

¹⁹ So BGE 71 IV 85.

²⁰ Diez, S. 165. — Aus diesem Grunde v. a. ist in jedem Falle die Frage der Gewerbsmäßigkeit zu prüfen (E zürcher. Bezirksgericht vom 19. 11. 1947, SJZ 44 S. 146 Nr. 49).

²¹ Anderer Ansicht Diez, S. 165.

BESONDERER TEIL

Im Rahmen des Allgemeinen Teils ist eine begriffliche Umschreibung der asozialen Gewerbsmäßigkeit gefunden worden, die an einen sozialen Gewerbebegriff anlehnt und den kriminalpolitischen Erwägungen des Gesetzgebers im allgemeinen Rechnung trägt. Es ist nunmehr Aufgabe des zweiten Hauptteils, diese Definition zu Anlaß der einzelnen Delikte zur Anwendung zu bringen. An Hand von Tatbeständen aus Literatur und Praxis werden die begriffswesentlichen Momente im Rahmen der einzelnen diesbezüglich charakterisierten Verbrechen oder Vergehen diskutiert werden. Da eine eingehende Ueberprüfung der einzelnen Elemente nur dann möglich ist, wenn eine umfassende Schilderung der konkreten Tatumstände gegeben ist, wird sich die Darstellung des zweiten Teils in weit geringerem Maße an amtlich publizierte Entscheide anlehnen als an Urteile, die in umfassenden Beschreibungen in der Tagespresse veröffentlicht wurden.

Vornehmlichste Aufgabe des Besondern Teils ist somit die Ueberprüfung der einzelnen Elemente als solche, insbesondere ihre Erscheinungsformen im Rahmen der konkreten Tatbestände. Es werden daher in diesem Zusammenhange typische Fälle herangezogen und untersucht werden. Es wird dabei absichtlich das Hauptaugenmerk mehr auf die einzelnen begriffswesentlichen Momente gelegt, als auf eine Würdigung der gesamten Tätigkeit, da die in diesem Zusammenhange gewonnenen Erkenntnisse nicht nur für eine Annahme der Gewerbsmäßigkeit, sondern ganz allgemein für die Strafzumessung von Bedeutung sind.

§ 8. Die gewerbsmäßige Abtreibung

I. Das Erwerbsmoment

Der Nachweis dieses Moments stößt in der Regel auf keinerlei Schwierigkeiten. In der Mehrzahl der Fälle wird es sich um eine Geldleistung handeln, was als Indiz eines Handelns in Bereicherungsabsicht gewertet werden kann, jedoch nicht zwingend zu diesem

Schlusse führen muß.¹ Umschrieben wird dieses Kriterium in der bisherigen Praxis als „Honorar“², „Entgelt“³ oder „Entschädigung“.⁴ Liegt keine materielle Gegenleistung für den verbrecherischen Eingriff vor, handelte der Täter aus uneigennützigen Motiven, aus „Nächstenliebe“, „Menschenfreundlichkeit“, dann entfällt mit diesem nicht erfüllten Kriterium die strafscharfende Qualifikation der Gewerbsmäßigkeit überhaupt. Somit erfüllt jede Kompensation für die deliktische Leistung dieses Moment, auch der Fall, da das Entgelt einzig die Funktion einer „Deckung von Auslagen“⁵ hatte.

In einer Reihe von entgeltlich vorgenommenen Abtreibungshandlungen werden einzelne unentgeltlich vorgenommene Eingriffe vom gewerbsmäßigen Delikt konsumiert. Dies folgt unmittelbar aus dem besondern Charakter der Gewerbsmäßigkeit als Kollektivdelikt. Würde dies nicht angenommen werden, so liefe der Abtreiber Gefahr, in diesem Falle gemäß StGB 68 (Realkonkurrenz von gewerbsmäßiger und nicht gewerbsmäßiger Abtreibung) schärfer bestraft zu werden, „als wenn er sich gemäß seiner Gepflogenheit auch für diese Fälle hätte bezahlen lassen“.⁶

¹ Dies zeigt ein beachtlicher Schwurgerichtsentscheid mit aller Deutlichkeit (Tages-Anzeiger 20.9.1945 Nr. 221), da ein älterer Mechaniker für Abtreibungen jeweils 50 Fr. verlangte, „um es einerseits den Mädchen nicht zu leicht zu machen und sie anderseits nicht zu irgendwelchen Verzweiflungstaten zu treiben. Die Verhandlung zeigte deutlich, daß es dem Angeklagten tatsächlich nicht um die 50 Fr. zu tun gewesen war, daß also sein Wille — und das war für die Geschworenen nach ihrem Wahrspruch offenbar entscheidend! — nicht darauf gerichtet gewesen war, aus seiner Praxis ein ‚Gewerbe‘ zu machen.“ — Kommt man in tatsächlicher Hinsicht zum Schluß, daß das Motiv der Begehung nicht die Erwerbsabsicht ist, dann muß, wie in obigem Entscheid, mit dem Erwerbsmoment auch die gewerbsmäßige Qualifikation entfallen.

² Z. B. in BGE 70 IV 13.

³ Z. B. in einem Entscheid des Basler Appellationsgerichtes vom 12.11.1943, abgedr. SJZ 40/175 f.; RSS 1944 Nr. 103.

⁴ Z. B. in BGE 72 IV 108.

⁵ Ebenso NZZ 5.2.1948 Nr. 251: „... Sobald er Geld entgegennimmt oder gar die Bezahlung relativ großer Beträge zur Bedingung für sein ‚Mitleid‘ macht, widerlegt er damit selbst eindeutig sein angebliches Verbrechenmotiv.“ — A. A. Diez, S. 181: „Darin, daß der Arzt die Abtreibung gegen Entgelt vornimmt, liegt nichts Besonderes. Geht er dabei nicht über die üblichen Behandlungskosten hinaus, m. a. W. zieht er nicht aus der Tatsache, daß die Abtreibung verboten ist, besondern Gewinn, so ist doch wohl kein Grund vorhanden, gewerbsmäßige Begehung anzunehmen.“ — Noch weiter geht gar der E des baselstädt. Appellationsgerichtes vom 8.11.1927 (Z 41/274), wonach Entgelt zur Deckung der Auslagen nicht einmal den (weitere) Tatbestand eines Handelns aus Eigennutz erfüllt.

⁶ BGE 71 IV 237; 72 IV 109.

II. Das Element der Anwendung von Produktionsmitteln

Der Nachweis dieses Kriteriums stößt in diesem Zusammenhange auf keinerlei Schwierigkeiten, da selbst die Begehung des nicht qualifizierten Delikts eine Anwendung von Produktionsmitteln, sei es nun in der Form von Instrumenten oder Chemikalien, verlangt. Daß dieses Moment in seiner objektiven Umschreibung hier nicht als Manifestation eines besonders intensiv gearteten verbrecherischen Willens herangezogen werden kann, liegt somit in der Natur dieses Delikts. Der Frage, ob die Mittel und Werkzeuge zum Zweck deliktischer Betätigung angeschafft wurden, kommt die Bedeutung zu, daß darin wohl ein Indiz eines potenzierten Verschuldens erblickt werden kann, für die Annahme der Gewerbsmäßigkeit dies aber belanglos sein muß, zufolge kriminalpolitischer Unzukömmlichkeiten zu Anlaß der Verfolgung von abtreibenden Aerzten.⁷ Beim Laienabtreiber wird dagegen das Element von ad hoc beschafften Produktionsmitteln in der Regel gegeben sein, und hier wird dieser Umstand auch zumeist in die Richtung einer besondern Gefährlichkeit weisen, da im Vorhandensein von Instrumenten sich die Gefahr zeigt, „die darin besteht, daß eine Abtreibung in unheimlich kurzer Zeit eine rasch steigende Zahl weiterer Abtreibungen nach sich zieht“, denn „wer einmal mit Abtreibungen begonnen hat, kann so bald nicht mehr auf den so mühelosen ‚Nebenverdienst‘ verzichten“.⁸ So führt auch ein Basler Entscheid⁹ den Besitz eines reichlichen Instrumentariums und den Umstand, daß der Täter einen „Raum der Wohnung oder gar einen auswärts gemieteten Raum“ besonders eingerichtet hat, als Indizien für ein gewerbsmäßiges Handeln an.

III. Das Element einer organisierten Tätigkeit

Für dieses Kriterium kann es keine generellen Maßstäbe geben, sondern es muß der richterlichen Würdigung des Einzelfalles überlassen bleiben, wann dieses Moment als erfüllt betrachtet werden kann.

Stichwortartig sei auf *Reklametätigkeit* des Täters¹⁰ (oft auch in verschleierte Form) hingewiesen, auf Kundenwerbung, sei sie nun

⁷ Vgl. § 5, III, 2.

⁸ NZZ 4. 4. 1946 Nr. 582.

⁹ Entscheid des Basler Appellationsgerichtes vom 12. 11. 1943, abgedruckt RSS 1944 Nr. 103 und SJZ 40/176.

¹⁰ Entscheid des Basler Appellationsgerichtes vom 12. 11. 1943, abgedruckt SJZ 40/176 und RSS 1944 Nr. 103.

aktiv vom Delinquenten angeregt oder aber auch nur gebilligt. Auch bei dem, der davon profitiert, daß sein Name durch lichtscheue Adressenvermittlung publik werde, ist dieses Moment erfüllt.¹¹ Die Reklame kann immer als eine Ausdrucksform der Bereitschaft¹² gewertet werden, sich gegenüber einem zumeist unbestimmt großen Personenkreis zu verbrecherischen Leistungen zur Verfügung zu stellen. Wenn dann in der Folge nicht bei allen sich bietenden Gelegenheiten delinquent wird, so entfällt damit dieses Moment keineswegs; auch ein in sozialer Sphäre Tätiger tritt oftmals nach erfolgtem Akzept wieder von seiner Offerte zurück, ohne daß deswegen organisierte Tätigkeit und damit soziale Gewerbsmäßigkeit entfallen würden.

Die bisherige Praxis schweizerischer Gerichte läßt darüber keinen Zweifel, daß auch bloßes „*Vermitteln der Adresse*“¹³ den Tatbestand von Gehilfenschaft zum Delikt der Abtreibung erfüllt. Dies ist vollauf gerechtfertigt, denn nur durch schärfste Bestrafung auch dieser Zwischenglieder zwischen „Kunden“ und „Abtreiber“ läßt sich das letzteren, stark an einen sozialen Gewerbebetrieb erinnernde Organisation zerschlagen.¹⁴

Als weiteres Indiz für ein organisiertes Tätigwerden kann auch eine *Arbeitsteilung*¹⁴ gewertet werden, weil auch hierin eine Manifestation der besondern Gefährlichkeit des Täters erblickt werden kann.

Diese Stichworte haben keineswegs Anspruch auf eine abschließende Kasuistik. Sie wollen vielmehr dartun, was unter dieses Moment subsumiert werden kann. Wichtig ist, daß aus ihnen allen eine Mani-

¹¹ Vgl. NZZ 28. 2. 1947 Nr. 386 und NZZ 5. 2. 1948 Nr. 251 über Verhandlungen des zürcher. Schwurgerichts: „... Solche Gespräche in Wirtschaften (Abtreibungserfolge betr.) brachten ihm neue ‚Kundschaft‘, und es konnte nicht ausbleiben, daß so seine Adresse in immer weitem Kreisen bekannt wurde, selbst wenn es nicht richtig sein sollte, daß er ‚Provisionen‘ für die Zuführung von Abtreibungswilligen versprochen hat.“

¹² Dr. Halter in seinem Vortrag „Umstrittene Gewerbsmäßigkeit“, gehalten zu Anlaß der Tagung der Schweiz. Kriminalistischen Gesellschaft vom Herbst 1945 (abgedruckt NZZ 2. 11. 1945 Nr. 1648).

¹³ NZZ 31. 1. 1946 Nr. 108 mit einem Entscheid des Schaffhauser Kantonsgerichtes.

BGE 69 IV 203 ff., bestätigt durch 71 IV 117 ff., nimmt Stellung zur Abgrenzung von StGB 119 ciff. 1 Abs. 2, 118 und 25, die Gehilfenschaft betr. In diesem Zusammenhang bedeutsam die Unterscheidung in „Gehilfen der Schwangern, wer dieser einen Abtreiber sucht, und Gehilfen des (allenfalls gewerbsmäßigen) Abtreibers, wer diesem Kunden sucht“.

¹⁴ NZZ 4. 4. 1946 Nr. 582, wo mit dem Obergericht auf Gewerbsmäßigkeit erkannt werden kann, da auch die übrigen begriffswesentlichen Momente erfüllt sind.

festierung eines besonders intensiv gearteten verbrecherischen Willens erhellt. Dies scheint mir aus dem Falle Kempe¹⁵ nicht mit genügender Deutlichkeit hervorzugehen, so daß mit diesem Moment auch eine gewerbsmäßige Qualifikation entfällt.

IV. Das ökonomische Prinzip

Dieses Moment ist gekennzeichnet durch die subjektive Einstellung des Täters, bei minimalem Aufwand einen größtmöglichen Erfolg zu erzielen. Diese Willensdisposition präzisiert die Erwerbsabsicht in der Richtung, möglichst viel Gewinn aus verbrecherischem Tätigwerden zu erzielen. Dies kann nun erblickt werden in dem Versuch, die Auslagen möglichst niedrig zu halten¹⁶ und anderseits ein möglichst hohes „Honorar“¹⁶ zu erzielen.

Gleich dem Erwerbsmoment muß dieses Kriterium auch dann als erfüllt betrachtet werden, wenn die Einnahmensquote zum bloßen „Auslagenersatz“ herabsinkt¹⁷, da ja auch in der sozialen Sphäre Betrieben, die nicht notwendigerweise einen Gewinn bezwecken, die Gewerbequalität nicht abgesprochen werden kann.

V. Das Element einer gesteigerten wirtschaftlichen Intensität

Dieses Kriterium verlangt nun eine genaue Analyse des verbrecherischen Willens, der psychischen Gesamtkonstellation zu Anlaß der Tat. Aus der Charakterisierung der Gewerbsmäßigkeit als einer Form der besondern Gefährlichkeit (137.2 StGB) erhellt, daß in concreto die Frage zu untersuchen ist, ob die zu beurteilende Handlungsweise des Delinquenten derart seiner Persönlichkeit adäquat ist, daß auch in Zukunft mit großer Wahrscheinlichkeit weitere Verstöße

¹⁵ BGE 70 IV 12 ff.: Aus diesem Grunde ist die gewerbsmäßige Qualifikation abzulehnen und nicht deswegen, weil es an einer „tatsächlichen Vielheit der Begehung“ mangle.

¹⁶ Entscheid der III. Kammer A des zürcher. Obergerichtes vom 15. bis 17. 10. 1945 i. S. Auf der Maur (abgedruckt NZZ 8. 11. 1945 Nr. 1679). — Mit primitivsten, billigsten Mitteln wurde der Eingriff vorgenommen, „während der von ihm für einen derartigen Eingriff verlangte Preis von durchschnittlich Fr. 150.— — in einzelnen Fällen ließ er sich sogar bis zu Fr. 400.— bezahlen — nicht mehr als angemessenes Honorar bezeichnet werden kann“ (NZZ).

¹⁷ BGE 72 IV 108 ff.: Die niedrigsten Eingänge könnten m. E. in diesem Zusammenhang als reiner Auslagenersatz angesprochen werden.

erwartet werden müssen. Der Systematik des allgemeinen Teiles folgend, ergeben sich zwei Gruppen von Deliktstatbeständen:

1. *Einmalige Begehung*, vor allem einmalige Begehung um hohen Entgeltes, einer eigentlichen Risikoprämie willen. Generalpräventive Ueberlegungen müßten in diesem Falle zur Annahme des höhern Strafrahmens führen, da rigorose Bestrafung allgemein angezeigt ist den Tätern gegenüber, die aus dem Umstande, daß sie Verbotenes ausführen, noch Kapital zu schlagen suchen. Trifft dies zu, und sind auch die andern, eine besondere Intensität des verbrecherischen Willens dokumentierenden Momente erfüllt, dann wird in der Regel eine besondere Gefährlichkeit des Täters angenommen werden können. Diesen Fall mochte wohl die deutsche Strafrechtswissenschaft im Auge gehabt haben, als sie Gewerbsmäßigkeit auch beim Vorliegen nur einer strafbaren Handlung annahm.¹⁸

An dieser Auffassung ist m. E. auch heute noch festzuhalten, trotz abweichender Praxis des schweizerischen Bundesgerichtes.¹⁹ Die Frage der Gewerbsmäßigkeit als Sonderform der besondern Gefährlichkeit ist auch beim Vorliegen nur einer strafbaren Handlung zu prüfen, zumal bei hohem Entgelt das Verschulden, und dieses ist ja die ratio jeglicher Strafschärfung, nicht viel leichter wiegt als bei mehrmaliger Begehung, denn auch dieser Tatbestand weist in die Richtung der Annahme einer besondern Gefährlichkeit. Der Problemkreis ist hier ähnlich dem anlässlich der Behandlung der deutschen Gewohnheitsmäßigkeit aufgeworfenen.²⁰ Während aber nun damals festgestellt werden mußte, daß beim heutigen Stand der Persönlichkeitserforschung nicht schon beim Vorliegen nur einer strafbaren Handlung

¹⁸ v. Liszt, Lehrbuch, Berlin 1903 S. 242, wo das Kollektivdelikt dahingehend charakterisiert wird, daß für die Strafbarkeit das Vorliegen auch nur einer strafbaren Handlung als genügend erachtet wird. Konnte diesem Gedanken anlässlich der Würdigung der Gewohnheitsmäßigkeit nicht stattgegeben werden, so ist ihm in diesem Zusammenhang beizupflichten. Ebenso: Meyer-Allfeld, Lehrbuch 1907 S. 350.

v. Hippel, Deutsches Strafrecht II 1930 S. 546.

¹⁹ Die Praxis des Bundesgerichtes knüpft an die Ergebnisse der deutschen Rechtswissenschaft an (BGE 68 IV 44, 69 IV 112, 201 — in anderem Zusammenhang) entscheidet aber in BGE 70 IV 17, entgegen der Auffassung der Vorinstanz, wonach „wiederholte Begehung nicht vorzuliegen brauche, daß sich vielmehr die Gewerbsmäßigkeit auch bei einem Einzelfall aus den Umständen ergeben könne“ (Urteil des bernischen Geschworenengerichtes II. Bezirk vom 20. 7. 1943 i. S. Kempe), dahingehend, daß eine tatsächliche Vielheit der Begehung mit der Absicht, zu einem Erwerbseinkommen zu gelangen, vorliegen müsse. An dieser Auffassung hat dann das Bundesgericht festgehalten (BGE 71 IV 113, 72 IV 109).

²⁰ S. § 6, V.

ein Hang zu Verbrechen oder Vergehen nachgewiesen werden könne, rechtfertigt das höhere Verschulden des einmalig um eines hohen Entgeltes willen Abtreibenden die Annahme des schärferen Strafrahmens, dessen intensiver deliktischer Wille noch durch derart viele andere Erscheinungsformen (z. B. organisierte Tätigkeit, ökonomisches Prinzip) dargetan ist.²¹

2. *Die mehrmalige Begehung* dürfte indes den Regelfall darstellen. Aus einer Mehrzahl von Handlungen kann ungleich leichter auf einen besonders intensiv gearteten verbrecherischen Willen und auf die besondere Gefährlichkeit des Täters geschlossen werden. Subjektiv schwerer wiegt in diesem Zusammenhang „eine größere Anzahl von Abtreibungen gegen Entgelt innerhalb eines verhältnismäßig kurzen Zeitraums“.²² Je gesteigerter die Verbrechensintensität, desto deutlicher erhellt daraus eine allgemeine und besondere Gefährlichkeit des Täters. In diesem Zusammenhange die Abgrenzung zum nicht qualifizierten Delikt zu finden, muß der Würdigung des Einzelfalles anheimgestellt werden.²³

Abschließend sei festgestellt, daß zufolge des „in dubio pro reo“ wohl auch in Zukunft die Frage der Gewerbsmäßigkeit in diesem Zusammenhange in der Mehrzahl der Fälle erst beim Vorliegen einer größeren Anzahl von Abtreibungen gegen Entgelt bejaht werden

²¹ Vgl. z. B. den von Diez S. 163 angeführten Fall: „Ist etwa nur eine einzige Abtreibung erwiesen, hat aber die Täterin ihre Bekannten beauftragt, ihre Adresse bekanntzumachen und sie für diese Tätigkeit zu empfehlen, wofür sie Gewinnbeteiligung versprach, und ergibt sich noch besonders aus dem zur Aburteilung vorliegenden Fall, daß er an einer Unbekannten gegen gute Bezahlung ausgeführt wurde, so kann die Gewerbsmäßigkeit als erwiesen betrachtet werden, auch wenn nur eine einzige Handlung vorliegt.“

²² Entscheid Basler Appellationsgericht 12. 11. 1943 (SJZ 40/175; RSS 1944 Nr. 103) und daran angelehnt BGE 71 IV 114 („Vielheit innerhalb eines verhältnismäßig kurzen Zeitraums“).

²³ Insbesondere die Frage, bei welcher totaler Einnahmensquote und welcher Anzahl von Delikten die „gesteigerte wirtschaftliche Intensität“ angenommen werden kann. M. E. zu bejahen bei 60 (NZZ 8. 11. 1945 Nr. 1679 — Fall Auf der Maur), 19 (total über 100, die verjährten mitgerechnet, die aber zum Nachweis der Willensdisposition des Täters auch herangezogen werden können — NZZ 31. 1. 1946 Nr. 108), bei 45 (BGE 72 IV 108); zu verneinen bei bloß 4 (BGE 71 IV 114), 3 (total 15 innert 5 Jahren — Basler Appellationsgericht 12. 11. 1943 SJZ 40/175, RSS 1944 Nr. 103) sowie in dem Falle, da eine Serviertochter 3 vollendete und 4 versuchte Abtreibungen gegen Entgelt von Fr. 20.— bis 90.— beging (NZZ 12. 7. 1946 Nr. 1240, mit einem Entscheide des korrekzionellen Amtsgerichts in Biel). Für letztere Tatbestände dürfte der Strafrahmen des einfachen Delikts vollauf genügen, sofern nicht aus den näheren Umständen der Tat die besondere Gefährlichkeit noch durch andere Momente unterstrichen werden kann.

dürfte. Immerhin muß doch mit allem Nachdruck darauf hingewiesen werden, daß eine Auslegung des Begriffs, die nur die Mehrzahl der Fälle im Auge hat, zu unbilligen, ja z. T. kriminalpolitisch untragbaren Konsequenzen führen kann: einmal, da auch beim Vorliegen nur einer konkreten Abtreibungshandlung (gegen ein hohes Entgelt) die Intensität des verbrecherischen Willens in general-²⁴ wie spezialpräventiver²⁵ Hinsicht eine Anwendung des schärferen Strafrahmens rechtfertigt. Des weitern ist zu bemerken, daß in strikter Anwendung der bisherigen Umschreibung des Bundesgerichts, die an die tatsächliche Vielheit der Begehung anknüpft, ein viel zu weiter Personenkreis unter die außerordentlich hohe Strafandrohung fällt. Gerade in diesem Zusammenhang erscheint angezeigt, nicht nur auf Erwerbsmoment und Wiederholung, sondern noch auf eine Reihe weiterer Momente, die eine besondere Intensität des verbrecherischen Willens manifestieren, abzustellen.

Vor allem ermöglicht die neue Umschreibung eine richtige Beurteilung der illegal abtreibenden Aerzte, weil diese nun nicht a priori Gefahr laufen, deswegen schärfer bestraft zu werden, weil sie ihr Gewerbe in den Dienst des Verbotenen stellten. Vielmehr soll auch hier nur dann auf gewerbsmäßige Begehung erkannt werden, wenn ihr Handeln durch die den Begriff einengenden Momente charakterisiert ist. Andererseits aber scheint mir der Einwand, werde schon einmal ein Abort eingeleitet, dann sei es besser, es geschehe dies von kundiger Hand²⁶, eine Ablehnung jeglicher gewerbsmäßiger Qualifikation für den illegal abtreibenden Arzt nicht zu rechtfertigen.

§ 9. Der gewerbsmäßige Diebstahl

I. Erwerbsmoment

Kam diesem Kriterium im Zusammenhange mit der gewerbsmäßigen Abtreibung entscheidende Bedeutung zu für die Frage einer gewerbsmäßigen Qualifizierung, so ist nunmehr festzustellen, daß dieses Moment in der Form der Bereicherungsabsicht schon beim

²⁴ Zum Zwecke der Abschreckung anderer.

²⁵ Zu dem Zwecke, daß durch Verhängung einer langandauernden Freiheitsstrafe die erzieherische Einwirkung des Strafvollzuges nachhaltiger gestaltet werden kann, vor allem durch Erleichterung einer gründlichen Berufsschulung.

²⁶ Einwand Dr. Langs (Protokoll der 2. Exp. komm. Bd. VIII S. 228). Aehnliche Tendenzen auch in NZZ 29. 5. 1946 Nr. 949.

Grunddelikt Tatbestandsmerkmal ist.¹ Es kann somit nicht ohne weiteres auch als Indiz für einen besonders intensiv gearteten verbrecherischen Willen gewertet werden.

Dieser Umstand verlangt nun, daß an alle übrigen Momente ein strenger Maßstab gelegt werden muß, ansonst ein viel zu großer Personenkreis unter die erhöhte Strafandrohung fallen würde, und vor allem, da andernfalls unter Umständen eine Unterscheidung von gewerbsmäßigem und fortgesetztem Delikt illusorisch würde. Daß einem Auseinanderhalten dieser beiden Begriffe praktische Bedeutung zukommt, erhellt aus der Tatsache der verschiedenen Strafrahmen (bei Realkonkurrenz StGB 68.1 und 137.1 Zuchthaus bis zu 7½ Jahren oder Gefängnis, bei gewerbsmäßiger Begehung Zuchthaus bis zu 10 Jahren), ferner aus dem besondern Charakter der Gewerbsmäßigkeit, wonach die Strafe außer den bekannten auch allfällige nicht bekannte Teilhandlungen des Gewerbes als eines Kollektivdelikts abgelte.²

Prinzipiell ist es auch für das gewerbsmäßig qualifizierte Delikt irrelevant, ob es sich beim deliktischen Erfolg um eine Sache oder einen Geldbetrag handelt. Immerhin läßt die Tatsache auf einen besonders intensiven verbrecherischen Willen schließen, da Sachwerte deswegen gestohlen werden, um nachher verflüssigt zu werden, wie dies der Regelfall bei den meisten Velo- und Garderobediebstählen darstellt.³

II. Das Element einer Anwendung von Produktionsmitteln

Dieses Kriterium gestattet nun eine engere Auslegung des Begriffes. Wie für den in der sozialen Ordnung Tätigen, muß nun auch für den gewerbsmäßigen Dieb charakteristisch sein, daß er außer seinen persönlichen Fähigkeiten auch noch ein bestimmtes „Kapital“

¹ Dies übersieht m. E. in NZZ 12. 10. 1948 Nr. 2129 eine Minderheit des Obergerichts, wenn sie aus dem Grunde nicht auf gewerbsmäßige Begehung erkennen will, „da das Erwerbsmotiv für den Angeklagten nicht ausschlaggebend gewesen sei“. Käme man im vorliegenden Fall, wo bei geringem Interesse am Erlös wahllos delinquent wurde, zur Annahme, der Täter hätte nicht deswegen gestohlen, „um sich oder einen andern zu bereichern“, so läge überhaupt kein Diebstahl i. S. von StGB 137 vor.

² BG 71 IV 85; Rep. 1945 S. 363; Praxis des Bundesgerichtes 1945 Nr. 148, § 7, V.

³ Z. B. Entscheid der III. Kammer A des zürcher. Obergerichtes vom 14. 2. 1946 i. S. Müller/Bieri NZZ 20. 3. 1946 Nr. 477; Basler Nachr. 7. 2. 1946; NZZ 20. 6. 1945 Nr. 961.

einsetzt, um zu einem wirtschaftlichen Erfolg, zur Erlangung eines möglichst großen Vermögensvorteils zu gelangen. Aus dem Vorliegen eines eigentlichen „Betriebskapitals“, als was sich die (produzierten) Produktionsmittel eigentlich darstellen, kann mit großer Wahrscheinlichkeit auf die Willensdisposition des Täters geschlossen werden, diese immer und immer wieder anzuwenden, um dadurch den Ertrag zu steigern. Diese Werkzeuge, Instrumente in der Hand des Täters stellen somit eine latente Gefahr zu deren wiederholtem Einsatz dar. Eine scharfe Abgrenzung zum fortgesetzten Delikt verlangt nun, daß zur Annahme einer gewerbsmäßigen Begehung eine Reihe an ein höheres Verschulden des Täters anknüpfende Elemente erfüllt sein müssen. Liegt somit dieses Moment nicht vor, dann kann nicht auf Gewerbsmäßigkeit erkannt werden, auch dann nicht, wenn alle andern begriffswesentlichen Elemente der Definition erfüllt wären.

In concreto stellen sich diese produzierten Produktionsmittel etwa dar als die Anschaffung eines Revolvers, um dadurch das Opfer allenfalls in Schach halten zu können⁴; die vielen Fälle einer Anwendung von (eventuell nachgemachten) Schlüsseln⁵; die Verwendung von Traktionsmitteln zum Abtransport des Diebsgutes⁶; von Zangen und Schraubenschlüsseln zum Zwecke des Abklemmens von Veloschlössern⁷; von Zentrumborher, Pneuhebel und andern Einbrecherwerkzeugen.⁸

⁴ NZZ 2. 12. 1945 Nr. 1818; im vorliegenden Falle ist allerdings der Tatbestand des Raubes (i. S. von StGB 138) erfüllt; dagegen wäre dieses Moment anzunehmen, da der Besitz eines Revolvers nach außen hin nicht in Erscheinung tritt.

⁵ NZZ 31. 1. 1946 Nr. 170; NZZ 30. 6. 1945 Nr. 1014; NZZ 8. 11. 1947 Nr. 2188; ferner z. B. NZZ vom 9. 2. 1946 Nr. 203; die gewerbsmäßige Qualifikation ist aber m. E. zufolge bloß einmaliger Anwendung nicht gegeben, da daraus im vorliegenden Falle nicht mit genügender Deutlichkeit der Wille resultiert, erneut verbrecherisch tätig zu werden.

⁶ NZZ vom 28. 10. 1946 Nr. 1948; im weitern Sinne ist darunter wohl auch das zu verbrecherischem Zwecke beschaffte SBB-Generalabonnement zu subsumieren (BIZR 1944 Nr. 3, RSS 1945 Nr. 118, Entscheid der III. Kammer A des zürcher. Obergerichtes vom 7. 7. 1943); — NZZ 10. 6. 1945 Nr. 909, wo zu Anlaß eines Diebstahlsversuches bereits ein Fahrzeug zum Abtransport des zu stehenden Kassenschranks bereitgestellt wurde; — NZZ 13. 11. 1945 Nr. 1706, wo gestohlenes Benzin zu schwarzem Verkauf per Auto verfrachtet wurde.

⁷ Entscheid der III. Kammer A des zürcher. Obergerichtes i. S. Rügger und Scheiwiler vom 9. 5. 1946; — ferner NZZ 10. 6. 1945 Nr. 909, NZZ 1. 12. 1945 Nr. 1811 und NZZ 29. 6. 1947 Nr. 1265.

⁸ Entscheid der III. Kammer A des zürcher. Obergerichtes vom 14. 2. 1946 i. S. Müller und Bieri (NZZ 20. 3. 1946 Nr. 477).

III. Das Element einer organisierten Tätigkeit

Den Ausgangspunkt dieser Betrachtung muß der im Allgemeinen Teil niedergelegte Hinweis bilden, wonach dieses Moment nicht an Hand eines generellen Maßstabes diskutiert werden kann, sondern seine Bejahung oder Verneinung der richterlichen Würdigung des Einzelfalles anheimgestellt werden muß.

Stichwortartig sei an Hand einiger Beispiele aus der bisherigen Praxis zu diesem Fragenkomplex Stellung genommen:

So erfüllt zum Beispiel der „Telephontrick“⁹ dieses Kriterium, wo ein telephonischer Anruf eines Täters den Ladenbesitzer in den Hinterraum treten ließ, welchen Anlaß dann der andere Täter zum Diebstahl von Geld wahrnahm. Des weitern ist dieses Moment zu bejahen bei geschicktem planmäßigem Vorgehen¹⁰, da zufolge mehrmaligem gleichartigem Handeln die Gefahr einer neuerlichen Begehung hoch einzuschätzen ist. Ein derartiges Handeln geht auch aus den Fällen hervor, da eine eigentliche Absatzorganisation aufgebaut wurde zum Zwecke der Verflüssigung von unrechtmäßig eingebrachten Gegenständen. Dies ist z. B. bei regelmäßigen Weiterveräußerungen des Diebsgutes an Trödler¹¹ oder Velohändler¹² anzunehmen.

⁹ NZZ 2. 12. 1945 Nr. 1818; — ähnlich NZZ 14. 4. 1946 Nr. 651, wo der telephonische Anruf jeweils durch gutgläubige Dritte erfolgte. In letzterem Falle ist aber Gewerbsmäßigkeit zufolge der Nichtanwendung von produzierten Produktionsmitteln nicht gegeben. Dagegen ist der nämliche Strafraum wegen einer „auf andere Weise“ geoffenbarten Gefährlichkeit gerechtfertigt.

¹⁰ Z. B. NZZ v. 9. 2. 1946 Nr. 203, wo ein Uhrenmacher aus „angeblichem Interesse am Handwerk“ abgelenkt wird, und dieser Umstand dann zu deliktischer Betätigung benützt wird. Der höhere Strafraum muß aber im vorliegenden Falle entfallen, da die Momente einer Anwendung von (produzierten) Produktionsmitteln und einer gesteigerten wirtschaftlichen Intensität nicht erfüllt sind, und auch obig geschildertes Vorgehen nicht mit genügender Deutlichkeit eine auf andere Weise dokumentierte besondere Gefährlichkeit des Täters erkennen läßt. — Ähnlich NZZ 31. 1. 1946 Nr. 170, wo mit dem Obergericht auf ein fortgesetztes Delikt zu erkennen ist, da das Moment der (produzierten) Produktionsmittel entfällt. — Dasselbe Kriterium erfüllt auch das Spiel zweier Täter, als „Heerespolizist und Spion“ verkleidet, wobei letzterer mit vorgehaltener Waffe den „Heerespolizisten“ und die Mieterin zum Rückzug in ein Zimmer zwang, um ungestört aus der Küche Fr. 900.— stehlen zu können (NZZ 2. 12. 1945 Nr. 1818 vgl. Anmerkung 4).

¹¹ Basler Nachrichten v. 7. 2. 1946: Garderobendiebstähle und Weiterveräußerung der Mäntel an Trödler. Zufolge des Fehlens von (produzierten) Produktionsmitteln entfällt die gewerbsmäßige Qualifikation, dagegen ist der höhere Strafraum auf Grund einer „auf andere Weise“ geoffenbarten besonderen Gefährlichkeit des Täters vollauf gerechtfertigt.

¹² NZZ 23. 6. 1945 Nr. 979, wo in einem Falle 9, in anderen je 2 und 7 Velos gestohlen und liquid gemacht wurden. Gewerbsmäßige Qualifikation ist in

Bereits die Frage einer bandenmäßigen Begehung streifen die Fälle, da mehrere Personen am gleichen Delikt teilnehmen. Durch das Zusammenwirken mehrerer ist das Moment einer organisierten Tätigkeit schon beim Vorliegen nur einer Tat erfüllt, da dies mithin als ein Indiz für allgemeine und besondere Gefährlichkeit gewertet werden kann. Intensiviert sich dann dieses Zusammenwirken, dann erst kann der Tatbestand einer bandenmäßigen Begehung als erfüllt betrachtet werden. Für das für eine gewerbsmäßige Begehung begriffswesentliche Moment einer organisierten Tätigkeit genügt schon ein loses Zusammenwirken von zwei oder mehr Personen, so, wenn z. B. zur Zeit der Tat der eine Delinquent „Schmiere“ steht.¹³ Ferner fallen unter dieses Moment alle Rekognoszierungen des Tatorts¹⁴ oder die Feststellung der zeitlichen Kontrollgänge des Sekuritaswächters.¹⁵

Dagegen betont ein Entscheid des Bundesgerichts¹⁶, m. E. zu Unrecht, kaufmännisches Rechnen, Planen und Organisieren sei für den Begriff der Gewerbsmäßigkeit irrelevant. In dem Bestreben, Unterscheidungsmerkmale zwischen fortgesetztem und gewerbsmäßigem Delikt zu finden, ist es wichtig, auf Momente abstellen zu können, die auch einem der sozialen Ordnung entnommenen Gewerbebegriff immanent sind, zumal dessen asoziales Korrelat an die ratio jeglicher Strafschärfung, nämlich an einen besonders intensiv gearteten verbrecherischen Willen anknüpft. — Dagegen ist mit diesem Entscheide anzunehmen, daß es keine Rolle spielt, ob die deliktischen Angriffe sich gegen einen unbestimmt großen oder einen genau umrissenen

diesen Fällen zufolge der Nichtanwendung von (produzierten) Produktionsmitteln nicht anzunehmen. Dagegen ist eine Subsumtion unter StGB 137 ciff. 2 Abs. 4 vollauf gerechtfertigt, was aus dem besonderen Charakter des gestohlenen Guts hervorgeht. — Besonders raffiniertes Vorgehen zeigt der Fall Müller / Bieri (Entscheid der III. Kammer A des zürcher. Obergerichtes v. 14. 2. 1946, NZZ 20. 3. 1946 Nr. 477), wo über 100 Velos zerlegt, die Pneus und Schläuche weiterveräußert und der Rest versenkt wurde. Hier ist die Gewerbsmäßigkeit zu bejahen, wie auch in dem ähnlichen Falle von NZZ 20. 6. 1945 Nr. 961.

¹³ So im Fall NZZ 20. 3. 1946 Nr. 477 und Entscheid des St. Gallischen Kantonsgerichtes v. 10. 7. 1891.

¹⁴ Entscheid der III. Kammer A des zürcher. Obergerichtes v. 14. 2. 1946 i. S. Müller / Bieri. — Ähnlich Entscheid des zürcher. Obergerichtes III. Kammer A v. 6. 4. 1944 (SJZ 40 Nr. 182 S. 300), da der Tat ein Ausspionieren der Gewohnheiten der Geschädigten voranging. Der höhere Strafraum rechtfertigt sich trotz bloß einmaliger Begehung aus den Umständen, die eine besondere Gefährlichkeit des Täters erkennen lassen.

¹⁵ Entscheid der III. Kammer A des zürcher. Obergerichts vom 9. 5. 1946 i. S. Rüeegger / Scheiwiller.

¹⁶ BGE 71 IV 86.

Personenkreis richten. Die verbrecherische Intensität dürfte im einen wie im andern Falle der Annahme einer organisierten Tätigkeit nicht entgegenstehen. Der Bereitschaft, sich gegenüber unbestimmt vielen verbrecherisch zu vergehen, entsprechen im andern Falle Erwägungen praktischer Natur, die ebenfalls auf ein höheres Verschulden schließen lassen, wie etwa die geringere Gefahr der Entdeckung, größere Leichtigkeit der Begehung, Vertrauensmißbrauch u. a. m. Die Parallele zu diesem Fragenkomplex kann in der sozialen Ordnung darin erblickt werden, daß es auch da irrelevant ist, ob der Gewerbetreibende mit jedem oder nur mit Leuten bestimmter Kreise Geschäfte macht.

IV. Das ökonomische Prinzip

Gleich dem Erwerbsmoment ist auch dieses bereits in der Bereicherungsabsicht, einem Tatbestandsmerkmal des Grunddelikts, enthalten; es entfällt somit, krasse Extremfälle ausgenommen, für eine Umschreibung eines dem nicht qualifizierten Vergehen gegenüber besonders intensiv gearteten Willens.

Immerhin sei festgehalten, daß auch in dem Falle, da die Umstände des asozialen Tätigwerdens den Täter dazu zwingen, das gestohlene Gut weit unter dessen Naturalwert zu veräußern¹⁷, dieses begriffswesentliche Element nicht entfällt, da äußere Faktoren auch einen in der sozialen Ordnung Tätigen zu gleichem Verhalten zwingen können. Des weiteren bringt die Natur dieses Deliktes es mit sich, daß auch für großen materiellen Erfolg regelmäßig mit kleinem Aufwand¹⁸ gerechnet werden kann.

V. Die gesteigerte wirtschaftliche Intensität

Es liegt wohl in der Natur dieses Verbrechens, daß die besondere Gefährlichkeit des Täters in noch höherem Maße als bei der Abtreibung in der Großzahl der Fälle nur an Hand bereits mehrmalig verübter Delikte wird nachgewiesen werden können. Dies ergibt sich aus dem Umstande, daß ja für den nicht gewerbsmäßig Handelnden die Absicht, aus verbrecherischer Tätigkeit Einkünfte zu erzielen, bereits Tatbestandsmerkmal ist. Es muß nun klar erkannt werden, daß die Absicht darauf ging, auch fürderhin sein dergestaltiges asoziales

¹⁷ So im Falle NZZ 20. 6. 1945 Nr. 961, wo die Velos zu durchschnittlich Fr. 25.— weiterverkauft wurden.

¹⁸ So z. B. Einbruchswerkzeuge, Dietriche, Nachschlüssel, Gummihandschuhe, Bastschuhe u. a. m.

Verhalten zu einer eigentlichen Erwerbsquelle auszubauen.¹⁹ Anlässlich der Betrachtung der Abtreibung konnte noch auf ein extrem hohes Entgelt abgestellt werden, dies kann aber in diesem Zusammenhange nicht unbedingt als ein Indiz für einen auf öftere Wiederholung gerichteten und daher besonders intensiv gearteten Willen gewertet werden, da ja für die nichtqualifizierte Tat dieses Moment bereits durch das Tatbestandsmerkmal der Bereicherungsabsicht konsumiert wird. Deswegen aber nun mit dem Bundesgericht eine „tatsächliche Vielheit der Begehung“ als unabdingbare Voraussetzung für das Qualifikationsmoment der Gewerbsmäßigkeit anzunehmen, ist meines Erachtens trotzdem verfehlt, da der Fall denkbar ist, daß sich bei einmaligem Diebstahl ein auf Wiederholung gerichteter Wille aus den Umständen ergeben kann.²⁰ Man denke etwa an die Anschaffung eines reichhaltigen Einbruchinstrumentariums, den Aufbau einer verbrecherischen Organisation oder vertragliche Abmachungen mit Trödlern, die die sofortige Weiterveräußerung des Diebsgutes bezwecken. Aus all dem kann mit aller Deutlichkeit die Bereitschaft herausgelesen werden, auch in Zukunft aus asozialer Verhaltensweise Einnahmen zu erzielen, und deshalb ist auch hier der schärfere Strafraumen vollauf gerechtfertigt.

Es muß der richterlichen Würdigung überlassen bleiben, im Einzelfalle festzustellen, ob von einer „gesteigerten wirtschaftlichen Intensität“ gesprochen werden könne. Dies gilt auch für die Fälle, wo mehrere Diebstähle zur Aburteilung gelangen. Dabei kann die Vorstellung einer regelmäßig fließenden Einnahmequelle herangezogen werden, wie dies die bisherige Praxis tat. Dieses Moment ist m. E. erfüllt bei 17 Garderobediebstählen innerhalb von zweieinhalb Monaten im Werte von Fr. 1460.—²¹, bei 100 Velodiebstählen innerhalb von einem Monat im Werte von ca. Fr. 24 000.—²² und von 60 wäh-

¹⁹ In dieser Richtung will m. E. auch der E der III. Kammer A des zürcher. Obergerichts (BIZR 1946 Nr. 104, SJZ 1944 S. 110 Nr. 37) verstanden sein wollen, wenn er ausführt: „Die Verwirklichung der hohen Strafandrohung gegenüber gewerbsmäßigem Diebstahl rechtfertigt sich nur bei einem wirklich asozialen Täter, der während langer Zeit, nicht nur vorübergehend, statt zu arbeiten, seinen Lebensunterhalt aus Diebstählen bestreitet, wo also die berufliche Tätigkeit durch die Verbrechenverübung ersetzt wird.“

²⁰ So muß z. B. „bei einem ‚Berufsverbrecher‘, der nach Verbüßung seiner letzten Strafe beim ersten neuen Delikt erwischt wird, zweifellos Gewerbsmäßigkeit angenommen werden, obschon die geforderte Vielheit der Delikte fehlt. In einem solchen Fall muß die Absicht aus dem Vorleben abgeleitet werden.“ (NZZ 30. 3. 1945 Nr. 545.)

²¹ Basler Nachrichten 7. 2. 1946.

²² Entscheid der III. Kammer A des zürcher. Obergerichts v. 14. 2. 1946 i. S. Müller / Bieri (NZZ 20. 3. 1946 Nr. 477).

rend acht Monaten im Werte von über Fr. 10 000.—²³. Aus diesen Beispielen erhellt, daß die gesteigerte wirtschaftliche Intensität direkt proportional der Anzahl der Delikte und indirekt proportional der Länge der zwischen den einzelnen Verbrechen liegenden Zeitabschnitte sein muß. Dazu kommt als weiterer Maßstab der Wert des gestohlenen Gutes. Dieses Moment kann nun aber nicht in ein direkt proportionales Verhältnis zur gesteigerten wirtschaftlichen Intensität gebracht werden, da dies dem Verschuldensprinzip des schweizerischen StGB nicht entsprechen würde.²⁴

VI. Das Verhältnis zu einer auf „andere Weise“ dokumentierten besondern Gefährlichkeit²⁵

Die stark einengende Umschreibung des gewerbsmäßigen Diebstahls hat nun zur Folge, daß wegen des Fehlens eines begriffswesentlichen Momentes die höhere Strafandrohung entfallen würde, trotzdem der Richter aus spezialpräventiven Ueberlegungen auch diese Täter einer intensiveren Einwirkung des Strafvollzuges unterstellt wissen möchte. Derartige Fälle können nun unter StGB 137 ciff. 2 Abs. 4 subsumiert werden, wenn aus den Umständen eine „besondere Gefährlichkeit angenommen werden muß“. Immer aber ist zu bedenken, daß dies zu einer Schlechterstellung des Täters führt, als wenn auf gewerbsmäßige Begehung hätte erkannt werden können, da diese allenfalls nicht zur Kenntnis der Behörden gelangten Delikte zufolge ihres Charakters als Kollektivdelikt konsumiert, während im andern Falle dies zu einer Wiederaufnahme des Verfahrens und Ausfällung einer Zusatz- oder Gesamtstrafe führt (StGB 68, Ziff. 2).

Die bisherige Praxis stellt für eine Annahme von StGB 137 ciff. 2 Abs. 4 auf eine Reihe von Kriterien ab, die an einen besonders intensiven verbrecherischen Willen anknüpfen: So qualifiziert ein Basler

²³ NZZ 23. 6. 1945 Nr. 979.

²⁴ So im Falle NZZ 31. 1. 1946 Nr. 170, da jemand zweimal eine Handvoll Banknoten, ohne sie zu zählen, im Werte von Fr. 9800.— aus einer Kassette stahl. Auf Grund zahlreicher Vorstrafen rechtfertigt sich aus kriminalpolitischen Gesichtspunkten der höhere Strafraum, da auch die übrigen begriffswesentlichen Kriterien erfüllt sind. Deswegen ist das Qualifikationsmoment anzunehmen, nicht etwa bloß zufolge hohen finanziellen Erfolges, da dieser als solcher im vorliegenden Falle m. E. nicht mit genügender Deutlichkeit in die Richtung einer besonderen Gefährlichkeit weist.

²⁵ Vgl. § 6 IX.

Entscheid²⁶ den Tatbestand nicht, da zwei oder mehr Täter gemeinsam nach Vereinbarung und vorheriger Rekognoszierung des Tatorts (organisierte Tätigkeit) zur Nachtzeit unter Anwendung von Gewalt einen Diebstahl begehen, da trotz besonderer Verwerflichkeit und Verwegenheit das Handeln bei dieser einmaligen Begehung der Person des Täters nicht derart adäquat sei, daß angenommen werden müsse, sie würden auch künftig sich in gleicher Weise wieder vergehen. Ein Thurgauer Entscheid²⁷ nimmt dagegen besondere Gefährlichkeit an bei einer größeren Anzahl von Einschleich- und Einbruchdiebstählen, hauptsächlich an Eß- und Trinkwaren, die in kurzen zeitlichen Abständen (gesteigerte wirtschaftliche Intensität) mit Verwegenheit und Raffiniertheit zum Zwecke der Nahrungsmittelbeschaffung begangen wurden. Des weitern erhele die besondere Gefährlichkeit aus Velodiebstählen²⁸, bei Wegnahme von Damentäschchen zur Zeit der Verdunkelung an abgelegenen Stellen²⁹ durch einen mehrfach Vorbestraften sowie bei einem einmaligen Einbruch nach „sorgfältigen, zielbewußten, für alle Einzelheiten getroffenen Vorbereitungen“ (organisierte Tätigkeit) unter Verwendung von Einbruchswerkzeug und Gummihandschuhen (Produktionsmittel).³⁰

Insbesondere die Abgrenzung zur Gewerbsmäßigkeit behandeln die folgenden Fälle, aus denen hervorgeht, daß die Gewerbsmäßigkeit „eine vom Gesetzgeber hervorgehobene Spielart der besondern Gefährlichkeit“ sei.³¹ Liege daher Gewerbsmäßigkeit vor, dann bleibe für die Anwendung des weitern Qualifikationsmomentes der besondern Gefährlichkeit kein Raum mehr. M. E. läuft diese Auslegung der allgemeinen Strafzumessungsregel von StGB 63 zuwider, denn ein besonders intensiver verbrecherischer Wille kann noch durch

²⁶ Entscheid des baselstädtischen Appellationsgerichts vom 14. 8. 1945, RSS 1946 Nr. 103.

²⁷ Entscheid des Thurgauischen Kriminalgerichts v. 23. 1. 1942, RSS 1943 Nr. 74. Vgl. auch E des Jugendgerichts Baden v. 17. 12. 1948 i. S. Scheibel.

²⁸ Zug Strafgericht vom 23. 10. 1942, RSS 1943 Nr. 72; und Basel Städt. Jugendstrafkammer vom 26. 8. 1942, SJZ 1939 Nr. 67 S. 136, da 4 Velos zur Nachtzeit gestohlen und weiterveräußert wurden.

²⁹ Baselstädt. Strafgericht vom 14. 12. 1942, SJZ 1939 Nr. 44 S. 347, RSS 1943 Nr. 200: „Der eine mußte das Täschchen wegnehmen und der andere sich in der Nähe befinden, um das Opfer oder Drittpersonen, wenn nötig, aufhalten zu können. Sie vereinbarten den Ort der Tat sowie den Treffpunkt nach der Tat.“ (Organisierte Tätigkeit.)

³⁰ Entscheid des Thurg. Kriminalgerichts v. 14. 2. 1944, RSS 1944 Nr. 157. Hier ist m. E. allerdings auf Gewerbsmäßigkeit zu erkennen, da sämtliche begriffswesentlichen Momente erfüllt sind.

³¹ Entscheid der III. Kammer A des zürcher. Obergerichtes v. 26. und 27. 8. 1942, BIZR 1941 Nr. 90, SJZ 1939 Nr. 154 S. 246, RSS 1943 Nr. 201.

andere, außerhalb dem gewerbsmäßigen Fragenkomplex liegende Momente nachgewiesen werden. Und ein derart potenziertes Verschulden muß nach den allgemeinen Regeln von StGB 68.1 (Idealkonkurrenz) noch höhere strafrechtliche Sanktionen nach sich ziehen können. Dies ergibt sich mit aller Deutlichkeit aus StGB 137 ciff. 2, der dem Oberbegriff der besondern Gefährlichkeit die gewerbsmäßige und bandenmäßige Begehung unterordnet, sowie all die Fälle, die von beiden erstgenannten Kriterien nicht erfaßt werden. Das Verschuldensprinzip des StGB knüpft zu Anlaß der Strafschärfung an erhöhtes Verschulden an; somit hat der Richter neben der Frage der Gewerbsmäßigkeit auch sonst noch alles heranzuziehen, was in der Strafzumessung mildernd oder schärfend zu berücksichtigen ist. — Dies geht aus einem andern Fall der Praxis³² klar hervor, da ein Täter unter Ausnützung seiner Dachdeckerkenntnisse, unter täuschendem Einsatz von Ueberkleidern und Werkzeugen während 2 Jahren 53 schwer auszuführende Mansardendiebstähle beging. Neben der Bejahung der Gewerbsmäßigkeit ist auch die Frage einer auf andere Weise dokumentierten besondern Gefährlichkeit zu prüfen und in diesem Falle ebenfalls anzunehmen, zufolge der außerordentlich schwerwiegenden Tatumstände.

§ 10. Der gewerbsmäßige Betrug

I. Das Erwerbsmoment

Auch den Tatbestand des einfachen Betruges kennzeichnet die Bereicherungsabsicht, so daß dieses Moment für die besondere Frage der Gewerbsmäßigkeit nicht mehr zu überprüfen ist. Aus der umfassenden Praxis zu StGB 148 geht hervor, daß es sich bei dem auf verbrecherischem Wege erlangten Vermögensvorteil regelmäßig um Geld handelt. Aber auch der Fall ist sehr gut denkbar, da das Ziel der widerrechtlichen Tätigkeit die Erlangung irgendeines Vermögensvorteils, so z. B. einer Sache, eines Wertpapiers oder eines andern verbrieften subjektiven Rechtes ist.¹ Des weiteren ist für dieses Kriterium die Verwendung des widerrechtlich erlangten Vermögensvorteils

³² Entscheidung der III. Kammer A des zürcher. Obergerichts vom 30. 9. 1943, SJZ 1940 Nr. 135 S. 209.

¹ Man denke etwa an Betrüge zu Anlaß von fiduziarischen Rechtsgeschäften.

irrelevant, so insbesondere, ob sofortige Verausgabung oder sorgfältige Hortung erfolgt.² Das Erwerbsmoment als solches weist somit noch nicht in die Richtung der besondern Gefährlichkeit, so daß die übrigen begriffswesentlichen Elemente genau zu überprüfen sind, ob eine diesbezügliche Willensdisposition des Täters angenommen werden muß.³

II. Die Anwendung von Produktionsmitteln

Es geht aus der Natur dieses Deliktes hervor, daß nur zum Tatbestandsmerkmal einer arglistigen Irreführung oder Aufrechterhaltung des Irrtums eines andern eine Anwendung von (produzierten) Produktionsmitteln in Frage kommt. Die besondere Gefährlichkeit geht in diesem Zusammenhange daraus hervor, daß zufolge des Umstandes, daß zur Irreführung eines andern „Kapital“ aufgewendet wurde, mit großer Wahrscheinlichkeit angenommen werden muß, daß in der Folge mit weiteren deliktischen Verstößen seitens desselben Täters zu rechnen ist. Dies vor allem, wenn der Delinquent zu rein verbrecherischem Tätigwerden sich diese Instrumente beschafft hat. Dieses noch höhere Verschulden kann z. B. in dem Fall erblickt werden, da ein entwichener Sträfling eine Offiziersuniform kauft, um kreditwürdiger zu erscheinen⁴, oder da Etiketten einer bekannten französischen Weinfirma zur Beschriftung eines billigen Weinverschnitts nachgedruckt wurden, um die Ware zu höherem Werte absetzen zu können.⁵

Aus der umfangreichen Praxis zu StGB 148 kann dieses Moment des weitem in verschiedenartigster Form vorliegen: Sehr oft werden

² So Entscheid der III. Kammer A des zürcher. Obergerichts v. 25. 8. 1945 i. S. Geiler und Entscheid der III. Kammer A des zürcher. Obergerichts v. 19. 10. 1944 i. S. Kranich. „Die Gewerbsmäßigkeit erfordert nicht eine bestimmte Verwendungsart des ertrogenen Geldes — etwa die Bestreitung der Kosten des Lebensunterhaltes.“

³ So ist in dem Falle, da ein Schuldenbauer sein Heimwesen anzündet, um in den Genuß der Versicherungssumme zu kommen, in der Regel einfache Begehung gegeben, während bei den in USA sehr häufigen Wettbetrügen (wo durch Bestechungsgelder oder Erpressungsversuche prominente Sportsleute zu „schwachem Spiel“ veranlaßt werden, wodurch dann die auf den Gegner setzenden Leute Millionenbeträge einstreichen könnten; vgl. Sie und Er v. 26. 2. 1947 Nr. 9 S. 8 f.), man viel leichter dazu kommen wird, die gewerbsmäßige Qualifikation anzunehmen.

⁴ NZZ 4. 12. 1946 Nr. 2225.

⁵ BGE 71 IV 13, RSS 1945 Nr. 174.

gefälschte Urkunden⁶ oder Dokumente zum Zwecke der Irreführung Dritter verwendet, so vor allem bei Wechselbetrügen⁷, dann aber auch bei gefälschten Zahlungsanweisungen⁸, Bestellscheinen⁹, bei mit nachgemachter Unterschrift versehenen Rechnungen, Quittungen, Rezepten und „ärztlichen“ Zeugnissen¹⁰; ferner beim Falle Rognon¹¹, da durch eine Reihe von Falsifikaten bei Kaufsinteressenten eine Ver-

⁶ NZZ 29. 7. 1945 Nr. 1158, wo auf einem, mit einer Blankounterschrift versehenen Briefbogen, der dem früheren Arbeitgeber entwendet worden war, ein „Darlehens- und Schuldvertrag“ niedergeschrieben wurde. — Bei derartigen Tatbeständen ist Idealkonkurrenz von Urkundenfälschung mit (allenfalls gewerbsmäßig qualifiziertem) Betrug gegeben. So BIZR 1945 Nr. 145 und 27: „Betrug und Urkundenfälschung stehen auch dann als zwei gesonderte Vergehen nebeneinander und nicht im Verhältnis unechter Gesetzeskonkurrenz, wenn der Betrug mit der gefälschten Urkunde ausgeführt wurde.“ Aehnliche Fälle in NZZ 29. 6. 1947 Nr. 1265, 5. 10. 1947 Nr. 1943, 19. 2. 1948 Nr. 360, 27. 2. 1948 Nr. 417, 20. 3. 1948 Nr. 608. — Symptomatisch unterstreicht der Prozeß „HD Meyerhofer“ vor Div. Ger. 8 die Bedeutung dieses Elements einer Anwendung von Produktionsmitteln in der Form von gefälschten dienstlichen Aktenstücken (Urkunden, Quittungen, Rechnungen), da nur mit ihrer Hilfe es zu einer derartigen verbrecherischen Intensität kommen konnte (vgl. NZZ 17. 2. 1947 Nr. 312; 4. 3. 1947 Nr. 411 und 7. 3. 1947 Nr. 434; 13. 3. 1947 Nr. 478; 27. 3. 1947 Nr. 588). Da auch die anderen begriffswesentlichen Elemente der Gewerbsmäßigkeit mit beispielloser Klarheit hervortreten, kann dieser Fall als eigentlicher Prototyp von gewerbsmäßigem Betrug gewertet werden; vgl. insbesondere das mit „System Meyerhofer“ charakterisierte planmäßige und spezialisierte Vorgehen (organisierte Tätigkeit), ferner die große deliktische Intensität und die hohen Geldbeträge (Erwerbsmoment, ökonomisches Prinzip), was alles zusammen mit engen Bindungen zu unsauberen Heereslieferanten und dem Ausbau einer Bande, eine besondere Gefährlichkeit des Täters annehmen läßt.

⁷ Entscheid des zürcher. Schwurgerichts v. 5. 12. 1945 i. S. Daré (NZZ 31. 12. 1945 Nr. 2011); Entscheid der III. Kammer A des zürcher. Obergerichts v. 28. 6. 1945 i. S. Fehr; NZZ 4. 1. 1946 Nr. 18 und 8. 10. 1946 Nr. 1803. NZZ 11. 3. 1947 Nr. 465, 19. 3. 1948 Nr. 596. — Bez. Pfandausfallscheinen vgl. Müller, Zch., Diss. 1928.

⁸ Entscheid der III. Kammer A des zürcher. Obergerichts v. 17. 5. 1944 i. S. Ruf, wo ein Beamter durch fingierte Austrittsentschädigungen von Personen, die weiterhin im Amte blieben und auf Grund von falsch unterschriebenen, visierten und abgestempelten Zahlungsanweisungen die Stadt Zürich um über Fr. 227 000.— betrog.

⁹ Entscheid der III. Kammer A des zürcher. Obergerichts v. 25. 8. 1945 i. S. Geiler; Entscheid des zürcher. Bezirksgerichts 4. Abt. v. 6. 6. 1946 i. S. Zimmermann.

¹⁰ NZZ 6. 6. 1945 Nr. 891, da ein Kurpfuscher ein Rheumainstitut führt, unter dem Namen eines früher beteiligten Arztes auftritt und dessen Unterschrift nachmacht.

¹¹ NZZ 4. 11. 1945 Nr. 1414, so v. a. die dem Lagerhaus Domodossola entwendeten Briefbogen, die dann „mit passendem Text“ versehen wurden.

füfungsberechtigung über bereits anderweitig verkaufte Ware vor-
getäuscht wurde. Aber auch da, wo auf Grund falscher Visitenkarten
Warenlieferungen irrtümlicherweise kreditiert wurden¹² oder pom-
pöse Briefköpfe als Deckmantel für betrügerische Machenschaften
verwendet wurden¹³, ist dieses Kriterium anzunehmen, wie auch in
den Fällen, da durch geschickt zusammengestellte Photographien an-
gebliche Kreditwürdigkeit unterstrichen wurde.¹⁴ Ferner kann dieses
Moment auch darin erblickt werden, da vielerorts Zimmer zu dem
Zwecke gemietet wurden, um dort Auswahlendungen unter „falschen,
angesehenen und wirklich existierenden Namen“ entgegenzunehmen,
um dann damit zu verschwinden.¹⁵

III. Das Moment einer organisierten Tätigkeit

Auch in diesem Zusammenhange kann keine generelle Regelung
Platz greifen; die Beurteilung des Einzelfalles muß auch hier dem
richterlichen Ermessen umfassend überlassen werden. An der bis-
herigen Praxis entnommenen Beispielen wird dieses Kriterium nun
im folgenden untersucht werden:

Zu bejahen ist dieses Moment in den Fällen, da immer und immer
wieder unter Einsatz der persönlichen Fähigkeiten Täuschungen her-
vorgerufen werden, die dann zu Bereicherungszwecken ausgenützt

¹² Entscheid der III. Kammer A des zürcher. Obergerichts v. 25. 8. 1945 i. S. Geiler; Entscheid der III. Kammer A des zürcher. Obergerichts v. 11. 4. 1946 i. S. Diggelmann (NZZ 17. 4. 1946 Nr. 678); NZZ 23. 11. 1946 Nr. 2129.

¹³ Entscheid des zürcher. Schwurgerichts v. 23. 2. 1945 i. S. Estermann Fall „Captain E. K. MacLaren“ (NZZ 3. 2. 1945 Nr. 201), NZZ 4. 1. 1946 Nr. 18, NZZ 22. 2. 1948 Nr. 374. — E des Bezirksgerichts Baden v. 24. 3. 1949 i. S. Renold, wo aber auf Gewerbsmäßigkeit zu erkennen gewesen wäre, da deren sämtliche begriffswesentlichen Elemente erfüllt sind.

¹⁴ Fall „Captain E. K. MacLaren“ (NZZ 3. 2. 1945 Nr. 201), wo durch geschickt zusammengestellte Photographien der Eindruck erweckt werden sollte, es handle sich beim Täter um einen amerikanischen Fliegeroffizier, der im Staate Texas eine Villa besitze. — Aehnlich NZZ 8. 11. 1946 Nr. 2019, wo der Delinquent durch Photographien seiner angeblich verstorbenen Frau mit einem kleinen Kinde seine Kreditwürdigkeit darzutun vermochte. — Vgl. auch E der II. Kammer des luzern. Obergerichts v. 28. 5. 1946 (SJZ 1942 S. 377f. Nr. 142), wo ein angeblicher Heiratsvermittler „den Interessenten in trügerischer Weise auch Albums mit zahlreichen Photos von angeblichen Heiratskandidaten zeigte, deren wirtschaftliche und soziale Situation er so schilderte, wie es der Interessent gerne haben mochte“.

¹⁵ Entscheid der III. Kammer A des zürcher. Obergerichts v. 11. 4. 1946 i. S. Diggelmann (NZZ 17. 4. 1946 Nr. 678).

werden.¹⁶ Insbesondere ist dieses Moment dann gegeben, wenn wiederholt nach gleichem Schema vorgegangen wird, wenn es sich also um eine raffinierte und spezialisierte Tätigkeit handelt, wie sie im Falle Ruf¹⁷ vorliegt. Dasselbe Kriterium ist zu bejahen in dem Tatbestande, wo ein Delinquent zu sechs Malen sich wertlose Pakete (Produktionsmittel) zukommen ließ, die Gutgläubige dann in seiner Abwesenheit um Geld einlösten.¹⁸ Ebenfalls zu bejahen ist dieses Moment im Fall Mühlemann, wo ein Pfarrer jahrelang Unterstützungsbeiträge der Stiftung „Für das Alter“ zur angeblichen Verteilung entgegennahm, obwohl die betreffenden Leute gestorben oder weggezogen waren.¹⁹ Beim Vorliegen derartiger Tricks kann immer auf eine besondere Gefährlichkeit des Täters geschlossen werden, da dieser immer wieder versucht ist, nach derselben Methode vorgehend, sich Vermögensvorteile zu verschaffen. Dasselbe Kriterium findet sich in anderer Formulierung auch in einem Zürcher Entscheide, der als Indiz, neben den Erfordernissen der bundesgerichtlichen Definition, den Umstand wertet, da ein „Täter sich auf lange Sicht besonders einrichtete“.²⁰

Mithin ist organisierte Tätigkeit, im besondern Planmäßigkeit, ein sicheres Zeichen für das Vorliegen eines einheitlichen Willensent schlusses, wie er für das fortgesetzte Verbrechen allgemein, das gewerbsmäßige bei mehrmaliger Begehung speziell charakteristisch ist. Dies unterstreicht ein Solothurner Entscheid zu Anlaß der negativen

¹⁶ So z. B. Entscheid des zürcher. Schwurgerichts v. 5. 12. 1945 i. S. Daré (NZZ 31. 12. 1945 Nr. 2011), wo der Täter sich zu wiederholten Malen als unterstützungsbedürftiger Student oder angeblicher Kollaborationist ausgab. — Ferner Entscheid der III. Kammer A des zürcher. Obergerichts vom 11. 4. 1946 i. S. Diggelmann (NZZ 17. 4. 1946 Nr. 678) und Entscheid der III. Kammer A des zürcher. Obergerichts v. 25. 8. 1945 i. S. Geiler, da der Delinquent zu 15 Malen Gutgläubige zu Krediteröffnung veranlaßte. — Ähnlicher Fall in NZZ 21. 11. 1946 Nr. 2119, wo die täuschende Nachahmung der Stimme zu betrügerischem Zwecke eingesetzt wurde.

¹⁷ Entscheid der III. Kammer A des zürcher. Obergerichts v. 17. 5. 1944 i. S. Ruf.

¹⁸ Entscheid des zürcher. Bezirksgerichts 3. Abt. v. 28. 3. 1945 i. S. Grisel.

¹⁹ NZZ 16. 6. 1945 Nr. 944. Kuriositätshalber sei auf die zu Anlaß dieses Prozesses gemachte Äußerung des Staatsanwaltes verwiesen, der die Ansicht vertrat, „daß dieser Qualifikationsgrund nur gegenüber Gewerbetreibenden geltend gemacht werden könne, so daß es sich hier um gewöhnliche Betrüge handle, weil ein Pfarrer kein Gewerbe betreibt...“ (!)

²⁰ BIZR 43 Nr. 247; ähnlich E der II. bern. Strafkammer vom 25. 2. 1944 i. S. Wittwer: „Die Absicht muß vielmehr dahingehen, die Betrugereien zu einer Einnahmequelle gewisser Dauer und Stetigkeit auszubauen... für ein auf lange Sicht geplantes Unternehmen, das ihm lockende Gewinne verspricht oder doch zumindest an seinen Lebensunterhalt notwendige Gelder einbringt...“ (RSS 1946 Nr. 192, ZBJV 1946 Nr. 304). Vgl. § 1 II B Anm. 26.

Umschreibung des „Gelegenheitsbetruges“: „Seine Verbrechertätigkeit war nicht planmäßig und zusammenhängend, sondern... entsprang jeweils der Zwangslage einer akut gewordenen Geldverlegenheit und der Notwendigkeit, ihr zu begegnen.“²¹

Zum Abschluß dieser Kasuistik ist noch darauf hinzuweisen, daß dieses Kriterium auch dann als erfüllt betrachtet werden kann, wenn eine bereits in der sozialen Ordnung tätige Organisation in den Dienst des Verbrechens gestellt wird, so z. B. in dem Falle, da Wein geringerer Qualität unter Irreführung der Kundschaft auf den Markt gebracht wird²², oder wenn im Rahmen einer Handelsagentur durch gefälschte Gutachten die praktische Unbrauchbarkeit von Benzinsparapparaten verheimlicht wird.²³

IV. Das ökonomische Prinzip

Gleich wie beim Diebstahl ist dieses Moment auch beim einfachen Betrug gegeben, da für diesen bereits ein Handeln aus Bereicherungsabsicht begriffswesentlich ist. Somit muß auch in diesem Zusammenhange der Wille, um überhaupt strafrechtlich erfaßbar zu sein, darauf gerichtet sein, sich möglichst hohe Einnahmen zu verschaffen, und auch hier muß es irrelevant sein, ob das ganze deliktische Tätigwerden auch tatsächlich zu einem wirtschaftlichen Erfolg führt. Darauf kann nicht abgestellt werden²⁴, da dies ja auch für den sozialen Gewerbebegriff belanglos ist, und dadurch die „kleine Kriminalität“, wie sie sich etwa im Falle Griesel²⁵ darstellt, trotz großer verbrecherischer Intensität nicht wirkungsvoll bekämpft werden könnte. Es muß auch hier starr am Verschuldensprinzip festgehalten werden, und nur in ganz krassen Extremfällen ist meines Erachtens der geringe wirtschaftliche Erfolg durch entsprechende Strafzumessung zu berücksichtigen.

²¹ Entscheid des Solothurner Obergerichts vom 19. 3. 1942 i. S. Jäggi (RSS 1943 Nr. 86).

²² BGE 71 IV 13.

²³ NZZ 4. 1. 1946 Nr. 18.

²⁴ Dies erhärtet der Fall, wo „auf Kredit erhaltene Waren viel zu billig verschleudert wurden, um notdürftig Verbindlichkeiten dringlicher Art begleichen zu können“ (NZZ 13. 7. 1947 Nr. 1364). Auch ein in der sozialen Ordnung Tätiger kann unter Umständen sich dazu gezwungen sehen, Waren weit unter ihrem Wert abzusetzen, ohne daß deswegen seinem Handeln die Gewerbequalität abgesprochen werden müßte.

²⁵ Entscheid des zürcher. Bezirksgerichts vom 28. 3. 1945 i. S. Grisel.

V. Die gesteigerte wirtschaftliche Intensität

Auch in diesem Zusammenhange stellt sich die Frage, ob gewerbsmäßiger Betrug sich schon bei erstmaliger Begehung aus den Umständen ergeben könne, oder ob mit dem Bundesgericht auf eine „tatsächliche Vielheit“ als unabdingbare Voraussetzung für die Annahme des höheren Strafrahmens zu erkennen ist. In der bisherigen Praxis ist der Fall selten, da bei einmaliger Begehung der verbrecherische Wille derart intensiv ist, daß die besondere Gefährlichkeit des Täters eine Annahme der gewerbsmäßigen Qualifikation rechtfertigen würde. In Betracht kommt etwa der Fall Rognon²⁶, da durch eine Reihe von Täuschungshandlungen ein einmaliger Vermögensvorteil von Fr. 1 400 000.— erlangt wurde. Denkbar ist des weitern auch der Fall (in Anlehnung an den Entscheid in Sachen Ruf²⁷ konstruiert), da ein Beamter eine große Zahl von fingierten Austrittserklärungen angefertigt hat, er beim erstenmal aber nach Erhalt einer größeren Summe Geldes erwischt wird und, wie im Falle Ruf, mit einem großen Geldbedarf auch in Zukunft zu rechnen ist. Aus all dem ist meines Erachtens die besondere Gefährlichkeit genügend dargetan, so daß der höhere Strafrahmen mit seiner Minimalstrafandrohung von anderthalb Jahren Zuchthaus durchaus angemessen erscheint. Dieses Ergebnis ist auch gerechtfertigt durch die Spezial- und Generalprävention, zufolge der Abschreckung des Einzelnen resp. anderer sowie durch die Möglichkeit einer nachhaltigeren Einwirkung des Strafvollzuges. Es ist somit auch zu Anlaß dieses Delikts festzustellen, daß sich eine Beibehaltung der von der deutschen Strafrechtswissenschaft entwickelten Lehre in dem Punkte aufdrängt, wonach „Gewerbsmäßigkeit schon im ersten Begehungsfalle nachweisbar sein könne“²⁸.

Für den Nachweis eines fortgesetzten gewerbsmäßigen Betruges, als was sich nun die mehrmalige Begehung zufolge ihres einheitlichen Willensentschlusses darstellt, ist auch in diesem Zusammenhange wieder auf die freie richterliche Würdigung des Einzelfalles zu verweisen. So wäre die gesteigerte wirtschaftliche Intensität in den Fällen gegeben, da aus 13 Betrügen innerhalb von sechs Monaten insgesamt Fr. 41 000.— resultierten²⁹, aus 154 Delikten während 16 Jahren eine Einnahmensquote von insgesamt über Fr. 260 000.— erzielt

²⁶ NZZ 4. 11. 1945 Nr. 1414.

²⁷ Entscheid der III. Kammer A des zürcher. Obergerichts vom 17. 5. 1944 i. S. Ruf.

²⁸ v. Hippel, Deutsches Strafrecht II 1930 S. 546.

²⁹ Entscheid der III. Kammer A des zürcher. Obergerichts vom 6. 12. 1945 i. S. Heer (NZZ 4. 1. 1946 Nr. 18); da aber zufolge Fehlens einer Anwendung von

werden konnte³⁰ oder wenn aus sechsmaliger Anwendung desselben Tricks und zwei ähnlich durchgeführten Betrügen innert kurzer Zeit Fr. 155.— und Schuhwerk eingingen³¹. Abzulehnen ist dieses Moment meines Erachtens, wenn sich zehn Delikte auf dreieinhalb Jahre verteilen³², wenn Fr. 7000.— in einigen wenigen Raten von der gleichen Person entgegengenommen wurden³³ oder die Einnahmen von Fr. 9550.— in wenigen Quoten sich auf drei Jahre erstreckten³⁴. Abschließend ist noch festzustellen, daß eine Absicht, nur während einer bestimmten Zeit durch betrügerische Machenschaften sich Geld zu erwerben, der Annahme der Gewerbsmäßigkeit nicht entgegensteht³⁵; ein Vergleich mit „saisonbedingten“ sozialen Gewerben drängt sich geradezu auf. Des weitern kann Gewerbsmäßigkeit auch da gegeben sein, wo nur ein einziger geschädigt wurde.³⁶

Generell muß zu der bisherigen Praxis gesagt werden, daß die bundesgerichtliche Definition wohl an die besondere Gefährlichkeit anknüpfte mit der Vorstellung einer regelmäßig fließenden Einnahmequelle³⁷, daß aber in praxi eine Unterscheidung zum fortgesetzten Betrug auf dieser Basis nicht möglich ist, sofern nicht noch an bestimmte andere objektive Erscheinungsformen³⁸ eines beson-

Produktionsmitteln die gewerbsmäßige Qualifikation entfällt, ist das durch dieses Moment einer gesteigerten wirtschaftlichen Intensität erhöhte Verschulden durch die Strafzumessung im Rahmen des durch StGB 68.1 verschärfte Strafrahmens des Grunddelikts zu berücksichtigen.

³⁰ Entscheid der III. Kammer A des zürcher. Obergerichts vom 17. 5. 1944 i. S. Ruf.

³¹ Entscheid des zürcher. Bezirksgerichtes 3. Abt. vom 28. 3. 1945 i. S. Grisel.

³² BLZR 46 Nr. 111.

³³ NZZ 6. 2. 1945 Nr. 222.

³⁴ NZZ 28. 9. 1946 Nr. 1733, wo zudem das Moment der produzierten Produktionsmittel nicht aus dem Tatbestand hervorgeht, es sei denn, dieses liege in der Anschaffung von besonders eleganten Kleidern.

³⁵ BLZR Bd. 43 Nr. 249.

³⁶ E des st. gall. KGer. vom 5. 3. 1946 (SJZ 44 S. 283 Nr. 95): „Die Bereitschaft, gegenüber unbestimmt vielen zu handeln, kann auch dann vorhanden sein, wenn sich die strafbaren Handlungen nur gegen eine Person richten... Sie käme nur offensichtlicher zum Ausdruck, wenn sie gegenüber mehreren Personen betätigt worden wäre.“ — Aehnlich NZZ 15. 7. 1947 Nr. 1380.

³⁷ Vgl. einen in Anlehnung an die bundesgerichtliche Praxis entschiedenen Fall der st. gallischen Strafkammer vom 9. 2. 1943 (SJZ 40 Nr. 136 S. 210): „...wenn... nach den Umständen anzunehmen ist, daß er davon nicht abgesehen hätte, wenn er nicht entdeckt worden wäre.“

³⁸ So NZZ vom 24. 3. 1945 Nr. 513: „Subjektive Tatbestandsmerkmale — und um einen im Subjektiven begründeten Qualifikationsgrund handelt es sich bei der Gewerbsmäßigkeit — müssen fast immer aus objektiven Gegebenheiten, aus Indizien abgeleitet werden können.“

ders intensiven verbrecherischen Willens angeknüpft wird, die dann die höhere Strafandrohung erst im vollen Umfange rechtfertigen. Dies hatte ein Basler Entscheid im Auge, der den Begriff dahingehend einengte, daß der Betrüger eigentlich aus dem Betrug ein Gewerbe machen, ein schwindelhaftes Unternehmen betreiben müsse, das auch in äußern Veranstaltungen zum Ausdruck kommt.³⁹

§ 11. Die übrigen gewerbsmäßig qualifizierten Vermögens- und Fälschungsdelikte

I. Gewerbsmäßige Hehlerei — StGB 144 Abs. 3

Als ratio legis der Bestrafung wegen einfacher Hehlerei gilt der Umstand, als durch derartige Verhaltensweise „eine durch eine strafbare Handlung geschaffene widerrechtliche Vermögenslage aufrechterhalten wird, wodurch dem früher berechtigten Inhaber die Wiedererlangung erschwert oder verunmöglicht wird“.¹ Die gewerbsmäßige Begehung verlangt nun darüber hinaus ein potenziertes Verschulden des Täters, das nun an Hand einiger Indizien nachgewiesen werden muß. Kriminalpolitische Erwägungen verlangen ein rücksichtsloses Vorgehen, da nur durch schärfste Bekämpfung der Hehlerei mittelbar auch andere Kreise getroffen werden, so insbesondere Diebe, die sich dadurch der Möglichkeit beraubt sähen, ihre Beute zu versilbern. Gelten diese Erwägungen schon für den einfachen Hehler, so noch in vermehrtem Maße für den gewerbsmäßigen, „den Kapitalisten des Verbrechens, die aus den begangenen Diebstählen den Hauptvorteil ziehen“.²

StGB 144 verlangt als Tatbestandsmerkmal „ein Erwerben, Sich-schenkenlassen, Zu-Pfande-Nehmen, Verheimlichen oder Absetzen-helfen einer Sache, von der der Täter weiß oder annehmen muß, daß sie durch eine strafbare Handlung erlangt worden ist“. Für eine gewerbsmäßige Begehung kommen vor allem die Fälle in Frage, wo in der sozialen Ordnung Tätige das unrechtmäßig Erlangte, zumeist zu

³⁹ Entscheid des baselstädtischen Appellationsgerichts vom 8. 6. 1943 (SJZ 39 Nr. 265 S. 523).

Diez, Basel 1944, wendet sich auf S. 176 f. gegen eine einseitig auf StGB 148.2 zugeschnittene einengende Auslegung der Gewerbsmäßigkeit unter Zitierung dieser Entscheidung.

¹ SJZ 42 Nr. 60 S. 157.

² Stooß, Schweizerisches Strafrecht, Bd. I S. 399.

sehr niedrigem Preise erwerben, um es dann auf den Markt zu bringen im Rahmen eines sozialen, erlaubten Gewerbebetriebes (Trödler, Fahrradhändler).³ Dies bringt es mit sich, daß z. B. der Bestohlene von gutgläubigen Dritterwerbern die Sache nicht mehr zurückverlangen kann, ihrer somit, abgesehen von Ansprüchen aus OR 62 ff., verlustig geht. Auch dieses Moment rechtfertigt ein rigoroses Vorgehen gegen derartige Verbrecherkreise.

1. *Das Erwerbsmoment* muß dergestalt vorliegen, als dem Handeln des Täters die Absicht zugrunde liegen muß, aus dem deliktischen Verhalten anderer Einnahmen zu erzielen. Damit fallen alle die Fälle für die Annahme des höhern Strafrahmens außer Betracht, wo „gefälligkeitshalber“ die Sache bloß aufbewahrt, der Geldbetrag ohne Zinsforderung im Kassenschrank gehortet wird. Dieses Erwerbsmoment kann, da für das Grunddelikt ein Handeln aus Bereicherungsabsicht nicht Tatbestandsmerkmal ist, als ein Indiz höheren Verschuldens gewertet werden. In der Regel wird es sich bei dem durch hehlerische Betätigung erzielten Vermögensvorteil um eine Geldsumme handeln, wie sie sich etwa als Erlös aus der Weiterveräußerung von Diebsgut darstellt.⁴

2. *Die Anwendung von Produktionsmitteln* engt die Auslegung der gewerbsmäßigen Begehung weiter ein, und zwar in der Hinsicht, als durch dieses begriffswesentliche Element als einer Erscheinungsform des Kapitals jener kapitalistische Zug, den Prof. Stooß betonte, herausgestrichen wird. Dieses Moment wird sich in concreto darstellen in Räumlichkeiten zur Aufbewahrung des Diebsgutes, dann aber vor allem im Geschäftsinventar eines in der sozialen Ordnung Tätigen. Und gegen diesen letzteren muß ja, obigen kriminalpolitischen Ueberlegungen zufolge, energisch vorgegangen werden, „da sie

³ Vgl. Weiß, Die Hehler, in Kriminalistische Abhandlungen, herausgegeben von Prof. Exner, Leipzig 1930, S. 37: „Die gewerbsmäßigen Hehler verbinden in der Regel mit ihrem ehrlichen Gewerbe die Hehlerei.“ Es gesellten sich somit zu den Einkünften aus realen Geschäften diejenigen aus unreellem Handel. In der Folge nimmt Weiß folgende Typisierung vor (S. 39 ff.):

a) die gewerbsmäßigen Hehler ohne Spezialisierung (d. h. ohne besondere Fachkenntnis), die vielseitigen Händler und Trödler als Hehler umfassend;

b) die gewerbsmäßigen Hehler mit Spezialisierung, wo Weiß die Rauchwaren-, Juwelen-, Edelmetall-, Unedelmetall- und Fahrradhehler anführt.

⁴ BGE 72 IV 40, wo im Falle Stäger fünf bis sechs gestohlene Fahrräder weiter veräußert wurden, sowie i. S. Stöckli, der als Arbeiter des ersteren gegen Lohn das Diebsgut umarbeiten half. Weitere Indizien für gewerbsmäßiges Handeln ergeben sich aus dem summarisch zusammengefaßten Tatbestande nicht. — Interessante Einzelheit im Falle Stöckli, da ein in sozialer Ordnung berufsmäßig Handelnder asozial gewerbsmäßig handelt.

oft erst ermöglichen, den Diebstahl zu einem lohnenden Geschäft zu machen“.⁵ Dies geht eindeutig aus der Tatsache hervor, daß nur zufolge der Möglichkeit, das Diebsgut mittels eines in der sozialen Ordnung gewerbsmäßig Handelnden versilbern zu können, es im Falle Müller und Bieri⁶ zu einer derartigen Verbrechensintensität kam.

3. *Das Kriterium einer organisierten Tätigkeit* kann regelmäßig in einem planmäßigen, umsichtigen Handeln erblickt werden. Ferner aber auch darin, daß die für soziales gewerbsmäßiges Handeln begriffswesentliche organisierte Verhaltensweise mithin zu asozialer Betätigung benützt wird; so wäre m. E. ein Versenden von Offerten oder eine umfassende Reklametätigkeit darunter zu subsumieren. Des weitern ist dieses Element zu bejahen in einem Suchen von weitern Vortätern, denen dann die relativ gefahrlose Versilberung ihres widerrechtlich erlangten Gutes in Aussicht gestellt wird.

4. *Das ökonomische Prinzip* offenbart sich in diesem Zusammenhange als ein besonders sicheres Indiz höheren Verschuldens. Niederer Ankaufspreis und hoher materieller Erfolg zeichnen mit aller Deutlichkeit den um seines eigenen Vorteils bedachten Hehler aus⁷, zumal er ja den „Dieb das erhöhte Risiko tragen läßt“.⁵ Sehr drastisch erhellt dies aus dem Falle, da für durchschnittlich Fr. 25.— Velos angekauft wurden⁸ oder da gestohlene Mäntel „zu Schleuderpreisen“ bei Trödlern abgesetzt wurden⁹. Mithin liefert dieses Moment auch den Anhaltspunkt dafür, daß der Täter wissen mußte, daß diese Dinge durch eine strafbare Handlung erlangt worden sein müssen.¹⁰

5. *Die gesteigerte wirtschaftliche Intensität*: Beim Nachweis einer besonderen Gefährlichkeit bei einmaliger Verübung müssen auch hier zwingende Umstände vorliegen, um den höheren Strafraumen zu rechtfertigen. In Frage kämen etwa bereits getätigte Abmachungen mit Dieben, deren Beute bei sich versilbern zu lassen, wobei dann aber

⁵ Diez S. 175.

⁶ Entscheid der III. Kammer A des zürcher. Obergerichts vom 14. 2. 1946 i. S. Müller und Bieri (NZZ 20. 3. 1946 Nr. 477).

⁷ Dies stellt Weiß a. a. O. S. 37 ausdrücklich fest: „Gewinnsucht veranlaßt sie, den Einkaufspreis zu drücken, um einen möglichst hohen Gewinn trotz ihrem niedrigen Verkaufspreise (nach Weiß S. 40 bloß ca. die Hälfte des entsprechenden Ladenpreises) zu erzielen.“

⁸ NZZ 20. 6. 1945 Nr. 961.

⁹ Basler Nachrichten 7. 2. 1946.

¹⁰ BGE 69 IV 69: „Der Verdacht, daß sich B. die Fahrräder durch strafbare Handlung verschafft haben könnte, ergab sich daraus, daß dieser sie im Zeitpunkte zunehmender Verknappung in großer Zahl und immer zu stark unteretzten Preisen abgab.“

der Täter bei Uebergabe des ersten Diebsgutes bereits erwischt wurde.¹¹ Hier kann wohl von einer Willensdisposition gesprochen werden, die verbrecherisch intensiv genug ist, um den höheren Strafraumen zu rechtfertigen. — Aber auch zu Anlaß dieses Deliktes muß festgestellt werden, daß in der Mehrzahl der Fälle die gewerbsmäßige Qualifikation erst beim Vorliegen einer mehrmaligen Begehung angenommen werden kann.

II. Gewerbsmäßige Erpressung — StGB 156 ciff. 2

A. Gewerbsmäßige Erpressung im engeren Sinne

Kriminalpolitische Erwägungen führen auch hier dazu, alle diejenigen skrupellosen Täter, die die Erpressung gleichsam als ein asoziales Gewerbe zum Zwecke der Einnahmenserzielung betreiben, schärfer zu bestrafen. — Aehnliche Umschreibungen in StGB 138 (Raub) und 181 (Nötigung) und eine gewisse Verwandtschaft zu StGB 148 (Betrug) engen den Anwendungsbereich von StGB 156 stark ein¹², so daß es nicht zu verwundern vermag, daß in der Praxis sich kein Fall findet, an Hand dessen die gewerbsmäßig qualifizierte Begehung diskutiert werden könnte. Darunter zu subsumieren wären etwa Fälle folgender Art, wie sie von ausländischen Verbrechern des öftern verwirklicht werden, wo maskierte Täter mit vorgehaltener Waffe einen Dritten zu Schuldenbefreiung, Stundung, Abwendung der Zwangsvollstreckung oder zu einer Schuldanerkennung¹³ zwingen. Des weitern fallen aber auch die Fälle der sogenannten „kidnappers“ unter StGB 156, sofern nicht StGB 185 Platz greift, wo durch die Drohung, daß das Leben eines entführten Kindes von Vermögensleistungen seiner Eltern abhängt, diese „auf andere Weise zum Widerstand unfähig“ gemacht wurden.

1. *Das Erwerbsmoment* ist zufolge der Zielsetzung des nicht qualifizierten Täters („ihm oder einem andern einen unrechtmäßigen Vermögensvorteil zu gewähren“) Tatbestandsmerkmal des Grunddelikts, kann somit nicht als Indiz eines höheren Verschuldens gewertet werden. Eine scharfe Abgrenzung zum Tatbestand des Raubes (StGB

¹¹ Vgl. z. B. den von Diez S. 163 angeführten Fall: „Die Verabredung eines Velohändlers mit einem Fahrraddieb, ihm alle Velos, die dieser stehlen werde, ‚umzuarbeiten‘, genügt zur Annahme der gewerbsmäßigen Hehlerei, auch wo nur ein einziger Fall einer solchen ‚Umarbeitung‘ eines gestohlenen Fahrrades nachgewiesen werden kann.“

¹² Hafter, Lehrbuch Besonderer Teil, I. Hälfte S. 288 ff.

¹³ Hafter, Lehrbuch Besonderer Teil, I. Hälfte S. 291.

139), wo die Drohung zur Begehung eines Diebstahls erfolgt, führt dazu, daß es sich zumeist um die Ausstellung eines Vermögensrechte begründenden „Vertrags“ oder die Signierung eines Wechsels handeln wird. Anders im Falle der „kidnappers“, wo es sich zumeist um eine Geldleistung handeln wird.

2. *Eine Anwendung von Produktionsmitteln* dürfte regelmäßig im Zusammenhange mit der „schweren Drohung“ erfolgen. In Frage kommen da alle Arten von Waffen oder allenfalls Hilfsmittel zur Bewerkstelligung der Kindsentführung.

3. *Das Element einer organisierten Tätigkeit* wird auch in diesem Zusammenhange sich zumeist in einem planmäßigen, umsichtigen Handeln manifestieren. Ferner mag dies auch aus dem Umstande hervorgehen, daß zu Anlaß dieses Verbrechens meistens mehrere Täter zusammenarbeiten, ja oft bandenmäßige Begehung gegeben ist, was dann als sicheres Indiz einer organisierten Tätigkeit gewertet werden kann.

4. *Das ökonomische Prinzip* knüpft eng an das Erwerbsmoment an. Zufolge der Willensdisposition des Täters, die bereits das Grunddelikt charakterisiert, möglichst viele Vermögensvorteile zu erlangen, dürfte der Nachweis dieses Moments auf keine Schwierigkeiten stoßen.

5. *Die gesteigerte wirtschaftliche Intensität* wäre bei bloß einmaliger Begehung dann anzunehmen, wenn aus den Tatumständen schlüssig der Nachweis einer besonderen Gefährlichkeit erbracht werden kann. Anzuknüpfen ist in einem solchen Falle etwa an eine besonders intensive Verwirklichung der Elemente einer Anwendung von Produktionsmitteln (reiches Waffeninventarium), die Angehörigkeit zu einer eigentlichen Verbrecherorganisation mit entsprechender Zielsetzung, ferner die Tatsache, daß diese einmalige Begehung sich als neuerliche Manifestation einer durch eine Reihe bereits verbüßter, verjährter oder sonst strafrechtlich nicht mehr relevanter Delikte gekennzeichneten Willensdisposition darstellt. Dies dürfte auch hier den Ausnahmefall darstellen; zumeist wird der höhere Straßrahmen erst bei mehrmaliger Begehung angenommen werden können.

B. Gewerbsmäßige Chantage

Waren die Druckmittel des Täters bei der Erpressung i. e. S. zumeist physischer Natur, so kennzeichnet den Tatbestand der Chantage ein rein psychischer Zwang; durch Bezahlung eines eigentlichen Schweigegeldes wird der Täter veranlaßt, von der Ankündigung einer

„nachteiligen Bekanntmachung“¹⁴ abzusehen. Sehr schwierig gestaltet sich die Verfolgung dieses Delikts, was sich in einer großen Dunkelziffer manifestiert, denn in wessen Interesse liegt es, derartige strafbare Handlungen zur Kenntnis der Behörden zu bringen? Der Dritte wird dies wohl bei vollendetem Delikt kaum tun, nachdem er bereits Geld aufgewendet hat, um das Schweigen des Täters zu erkaufen; denn eine Anzeige, auch einer versuchten Tat, wäre wie kein Zweites dazu geeignet, die zu verheimlichende Tatsache der Öffentlichkeit oder allenfalls den Strafverfolgungsbehörden selbst bekanntzugeben. Es muß daher kriminalpolitisches Erfordernis sein, in den wenigen Fällen, die zur Kenntnis der Behörden gelangen, energisch einzugreifen. Gilt dies schon für das Grunddelikt, so noch in erhöhtem Maße für die qualifizierte Tat.

1. *Das Erwerbsmoment* ist gleich wie bei der Erpressung i. e. S. bereits Tatbestandsmerkmal von StGB 156 ciff. 1 Abs. 2, muß daher zu Anlaß der besondern Frage einer gewerbsmäßigen Begehung nicht mehr besonders gewürdigt werden. Bei dem unrechtmäßig erworbenen Vermögensvorteil wird es sich, wenn auch nicht notwendigerweise, so doch in der Mehrzahl der Fälle um eine Geldsumme handeln.

2. *Eine Anwendung von Produktionsmitteln* liegt vor im Falle R.¹⁵, wo eine Frau einen Gelehrten, mit dem sich deren Mann homosexuell eingelassen hat, in der *Wohnung* einer Komplizin überrascht und erpreßt; ferner in dem Falle, da eine Frau, als Witwe sich ausgebend, vorübergehenden Passanten ihr Leid klagt, von diesen nach Hause mitgenommen wird, wohin ihr Mann dann nachfolgt und „ein hohes Schweigegeld verlangt und meistens auch erhält, dessen Höhe dann proportional mit dem Luxus der Wohnung geht“¹⁶. Die Anwendung von Produktionsmitteln (Wohnung resp. Trauerkleider) können als Indizien höheren Verschuldens gewertet werden, da in der Hand des Delinquenten diese eine latente Gefahr, bei günstiger Gelegenheit sie wieder anzuwenden, darstellen.

¹⁴ Dazu Kasuistik in Thormann/Overbeck, Komm. zu Art. 156 ciff. 1: „Begehung einer strafbaren Handlung, sittliche Verirrungen, uneheliches Kind.“ — Aus der Praxis ergeben sich dazu folgende Fälle: da mit der Verhaftung einer in Italien wohnenden Schwester wegen angeblichen Devisenschmuggels gedroht wird (BGE 71 IV 20); da eine Frau mit der Bekanntgabe ihres früheren Verhältnisses zu einem verheirateten Manne droht (NZZ 29. I. 1946 Nr. 157), oder da mit der Bekanntgabe der homosexuellen Neigung eines Gelehrten gedroht wird (NZZ 31. 12. 1945 Nr. 2011).

¹⁵ NZZ 31. 12. 1945 Nr. 2011.

¹⁶ Heindl, Der Berufsverbrecher, S. 262.

3. *Das Moment einer organisierten Tätigkeit* kann auch hier in einem planmäßigen, umsichtigen Handeln erblickt werden, dann aber vor allem in einem immer gleich angewandten Trick (so im Falle R., noch deutlicher in dem aus Heindl zitierten).

4. *Das ökonomische Prinzip* braucht auch in diesem Zusammenhange nicht besonders herausgestrichen zu werden, ist es doch für den nicht gewerbsmäßig Handelnden bereits charakteristisch.

5. *Eine gesteigerte wirtschaftliche Intensität* wird auch hier zumeist erst beim Vorliegen einer mehrmaligen Begehung angenommen werden können, doch dürfte sie meines Erachtens im Falle R. und in dem von Heindl angeführten auch bei einmaliger Anwendung des Tricks bejaht werden, was sich general- wie spezialpräventiv günstig auswirken dürfte.

III. Gewerbsmäßiger Wucher — StGB 157 ciff. 2 Abs. 3

Kriminalpolitische Erwägungen rechtfertigen auch in diesem Zusammenhang die Sonderbehandlung eines Täters, dessen höheres Verschulden an Hand aller für die Gewerbsmäßigkeit begriffswesentlichen Elemente nachgewiesen werden kann. Die streng einengende Umschreibung des Grunddelikts, durch Literatur und Praxis zum Teil noch mehr zu Ungunsten des wirtschaftlich Schwächern ausgelegt¹⁷, führt zu einem sehr kleinen Anwendungsbereich dieser Bestimmung. Dies zum Teil zu gutem Recht, denn es kann nicht Aufgabe des Strafrichters sein, in allen Bagatellfällen einzugreifen, denn dies würde einer schwerwiegenden Beeinträchtigung der Privatautonomie gleichkommen. Der Streubereich von StGB 157 allgemein, StGB 157.2 im besonderen erfaßt somit nur die krassen Extremfälle. Dies geht eindeutig aus der Tatsache hervor, daß seit Inkrafttreten des StGB die Gerichte sich selten mit diesen Delikte abzugeben hatten. Der weiter stark einengende Begriff einer gewerbsmäßigen Begehung schränkt den Anwendungsbereich weiter ein, dies vor allem, um eine klare Grenzziehung zum Tatbestand des fortgesetzten Wuchers zu ermöglichen. Die erhöhte Strafdrohung ist vor allem da gerechtfertigt, wo

¹⁷ So insbesondere SJZ 39 Nr. 229 S. 413 mit einem Entscheid der III. Kammer B des zürcher. Obergerichts vom 5. 3. 1943 und Hug, Diss. Zürich 1937, da bei Beurteilung der Frage, ob ein offenes Mißverhältnis vorliege, vom Wucherer namhafte Abzüge (etwa für Zeitaufwand, Risiko, Prüfen der Ware u. a. m.) gemacht werden können, und da zufolge Becker, Komm. zu OR 21, das wucherische Geschäft objektiv nur den Interessen des Wucherers genützt haben darf.

im Anschluß an sozial-gewerbsmäßige Tätigkeit (Pfandleihanstalten, Darlehenskassen u. a.) wucherische Geschäfte getätigt werden.¹⁸ Solche Fälle sind aber äußerst selten, da von Amtes wegen ihre Verfolgung schwierig ist, und der wirtschaftlich Schwächere meistens auch gar kein Interesse daran hat, die Behörden um Schutz anzufragen, da er zufolge der engen Charakterisierung des Tatbestandes (OR 21 und StGB 157) vor Zivil- und Strafrichter zumeist geringe Erfolgsaussichten hat, vor allem aber, da er dadurch in aller Öffentlichkeit seine Notlage, d. h. Kreditunwürdigkeit, darzulegen hat, was sein späteres wirtschaftliches Fortkommen sehr hemmen wird.

1. *Das Erwerbsmoment*: Eine Bereicherungsabsicht, die Grenzen des wirtschaftlich Tragbaren überschreitende Vermögensvorteile zu erlangen, charakterisiert bereits das Grunddelikt, braucht also für die Frage der gewerbsmäßigen Qualifikation nicht mehr besonders gewürdigt zu werden. Zumeist wird es sich um Geldleistungen handeln, begrifflich ist aber auch gewerbsmäßiger Sach-, Waren- und Dienstwucher möglich.¹⁹ Das Delikt ist vollendet mit der Gewährung, aber auch schon mit der Versprechung der Vermögensleistung, somit ist auch für das Grunddelikt Aushändigung des materiellen Vorteils nicht notwendig.

2. *Eine Anwendung von Produktionsmitteln* ergibt sich, ähnlich wie beim Tatbestand der Hehlerei, aus diesen Attributen einer in der sozialen Sphäre erlaubten Gewerbetätigkeit (Ladeninventar, Raum zur Aufbewahrung der Pfandgegenstände).

3. *Das Element einer organisierten Tätigkeit* kann wieder in planmäßigem, umsichtigem Handeln erblickt werden, wie es ja bereits die soziale Gewerbetätigkeit verlangt und wie es auch das andere Qualifikationsmoment kennzeichnet, da der Täter „jemanden wissentlich dem wirtschaftlichen Ruin zuführt“.

4. *Das ökonomische Prinzip* brauchte für die qualifizierte Tat eigentlich nicht besonders herangezogen zu werden, da es ja bereits das Grunddelikt kennzeichnet, das „ein offenes Mißverhältnis der beiden Leistungen“ verlangt. Dies wurde bejaht in dem Falle, da für ein Darlehen von Fr. 4500.— Fr. 500.— daraufgezahlt werden mußten.²⁰

5. *Eine gesteigerte wirtschaftliche Intensität* wird sich auch in diesem Zusammenhange in der Mehrzahl der Fälle erst nach mehr-

¹⁸ Klassischer Fall der Wucherin Aljona Iwanowna (Dostojewski, Schuld und Sühne oder Raskolnikow).

¹⁹ Wie dies Hafter, Lehrbuch Besonderer Teil, I. Hälfte S. 298, für das Grunddelikt vorsah.

²⁰ BGE 70 IV 200 ff.

maliger Begehung und nicht schon zu Anlaß einer ersten Tat nachweisen lassen. Auf Bejahung dieses Kriteriums darf aber nur dann erkannt werden, wenn der Richter zur Ueberzeugung gelangte, daß die Willensdisposition des Täters, gleich einem in der sozialen Ordnung Wirtschaftenden, auf wucherische Betätigung für längere Dauer gerichtet ist.

IV. Gewerbsmäßige Warenfälschung — StGB 153 Abs. 2

Bekämpft wissen will der Gesetzgeber durch StGB 153 jene, die durch Nachmachen, Verfälschen und im Werte Verringern²¹ eine Täuschung im Handel und Verkehr hervorrufen. Da eine Warenherstellung zumeist in Gewerbebetrieben erfolgt, wird auch in der Mehrzahl der Fälle eine Warenfälschung im Rahmen einer sozialen Gewerbetätigkeit erfolgen²², d. h. die asoziale Tätigkeit lehnt sich zumeist stark an eine soziale an, zumeist, weil eine gewerbsmäßige Begehung auch für den Fall in Frage kommt, da jemand als Freizeitbeschäftigung Waren fälscht.²³ Kriminalpolitisch günstig muß sich daher in diesem Zusammenhange eine begriffliche Umschreibung der Gewerbsmäßigkeit auswirken, die vorab die Fälle im Auge hat, die objektiv eine große Gefahr für Treu und Glauben im Verkehr darstellen, d. h. die kraft ihrer Produktivität selbst bei bloß einmaliger Begehung großen Schaden zu verursachen vermögen.

1. *Das Erwerbsmoment* ist für das Grunddelikt nicht Tatbestandsmerkmal, wird jedoch in der Mehrzahl der Fälle auch beim nicht qualifizierten Tatbestand die Triebfeder zu asozialer Verhaltensweise sein. Nicht anzunehmen wäre dieses Moment in dem Falle, da jemand als Sport Waren nachmacht, und diese dann in der Folge ohne sein Wissen und Willen auf den Markt kommen. Irrelevant ist jedoch, ob der unrechtmäßige Gewinn dem Täter selbst oder einem Dritten zufalle.²⁴

2. *Eine Anwendung von Produktionsmitteln* kann vor allem darin erblickt werden, daß die für soziale Betätigung beschafften Werk-

²¹ Ueber die Abgrenzung dieser drei Tatbestände Thormann-Overbeck, Komm. zu Art. 153 Nr. 4 und 5.

²² Ebenso Diez, S. 178.

²³ Z. B. durch Herstellung von Schnitzwaren, um sie als „Brienzer Schnitzereien“ in den Handel zu bringen, dann aber auch durch Nachmalen von bekannten Bildern u. a.

²⁴ BGE 70 IV 135, da ein Sohn der Milch Wasser zusetzt, „damit es einen größeren Milchzahltag gebe“, wobei aber der unrechtmäßige Gewinn seinem Vater als dem Inhaber des Betriebes zukam. — Ebenso E. des Bez. Ger. Baden v. 5. 4. 49 i. S. F.

zeuge und Instrumente zu asozialer Tätigkeit verwendet werden, wie das in einer Anwendung von Malerutensilien zum Zwecke der Herstellung eines Falsifikates, von Molkereiinventar zu Milchfälschung oder Brennerematerialien zu Brantweinfälschung²⁵ erblickt werden kann. Der Nachweis dieses Momentes stößt auf keine Schwierigkeiten, da eine Herstellung von Waren, und damit auch deren Fälschung schon zumeist über den Einsatz persönlicher Fähigkeiten hinaus eine Anwendung von Produktionsmitteln verlangt.

3. *Das Moment einer organisierten Tätigkeit* kann angenommen werden bei einer stillschweigenden Uebernahme der für soziales gewerbsmäßiges Tätigwerden begriffswesentlichen Organisation (Ueberrnahme eines Teiles des Fabrikationsprozesses, Arbeitsteilung).

4. *Das ökonomische Prinzip* stellt sich in enger Verbindung zum Erwerbsmoment als die Absicht dar, im Bewußtsein der geringern Qualität der Ware, den Preis für das vollwertige Gut zu verlangen, ferner, sich um eine möglichst hohe Einnahmensquote zu bereichern.

5. *Die gesteigerte wirtschaftliche Intensität:* Zu Anlaß ihrer Erkennung stößt man auch in diesem Zusammenhange auf die Frage, ob einmalige Begehung zu ihrer Annahme genüge. Dies ist auch hier dann zu bejahen, wenn sich aus dem ganzen Verhalten des Täters eine besondere Gefährlichkeit herauslesen läßt, die allein ja zum Schutze der menschlichen Gesellschaft im allgemeinen, deren Vermögen, Gesundheit oder Treu und Glauben im besonderen die höhere Strafandrohung rechtfertigt. Eine diesbezügliche Willensdisposition des Täters wird sich in der Mehrzahl der Fälle nur an Hand einer mehrmaligen Begehung nachweisen lassen können. Anzunehmen ist dieses Moment in den Fällen, da jemand innert 14 Tagen fortgesetzt Milch wässert²⁴, während eines Jahres über 2800 Liter Feinsprit mehr braucht „als er hätte verbrauchen können, wenn die in seinem Betriebe hergestellten Brantweinverschnitte höchstens 50 % Feinsprit enthalten hätten“²⁵.

V. Gewerbsmäßiges Inverkehrbringen gefälschter Waren — StGB 154 ciff. 1 Abs. 2

Auch die gewerbsmäßige Begehung dieses Tatbestandes wird sich zumeist in der Sphäre abspielen, wo im Rahmen eines sozialen Gewerbebetriebes Falsifikate feilgehalten oder als vollwertig in Verkehr gebracht werden. Wird die gefälschte Ware vom Verfälscher selbst

²⁵ BGE 72 IV 14.

in Verkehr gebracht, so ist das Verhältnis des (allenfalls qualifizierten) Art. 154 StGB zu dem Tatbestande der Warenfälschung zu überprüfen. In diesem Punkte gehen nun Literatur und Praxis auseinander²⁶, die teils straflose Nachtat, Real-, Idealkonkurrenz oder straflose Vortat annehmen. Bei gewerbsmäßiger Begehung vermag m. E. allein die Auffassung Dr. Petrzilkas zu befriedigen, da dadurch eine Differenzierung bei nichtgewerbsmäßiger Fälschung und gewerbsmäßigem Fälschungsgebrauch, bei gewerbsmäßiger Fälschung und nichtgewerbsmäßigem Inverkehrbringen zu in beiden Fällen gewerbsmäßiger Begehung ermöglicht wird. Die Annahme einer straflosen Vor- resp. Nachtat muß nämlich in den Fällen zu Unzukömmlichkeiten führen, wenn nur die Vor- resp. Nachtat gewerbsmäßig begangen worden ist. Im Endergebnis ist aber die Beantwortung der Frage der Abgrenzung praktisch wohl insofern bedeutungslos, als der Richter diese Momente bei der Urteilsfällung im Rahmen der Strafzumessung ohnehin berücksichtigen wird.

1. *Das Erwerbsmoment* liegt beim Grunddelikt nicht als Tatbestandsmerkmal vor, es kann somit als ein Indiz höheren Verschuldens gewertet werden. Beim materiellen Gewinn wird es sich regelmäßig um eine Summe Geldes handeln, so auch im Fall Sager²⁷, der verdorbene Lebensmittel zum vollen Preise absetzte, also um die Differenz zwischen Verkaufs- und Naturalwert bereichert ist.

2. *Eine Anwendung von Produktionsmitteln* ergibt sich durch die in der Regel im Rahmen eines sozialen Gewerbebetriebes erfolgte Benützung von dessen Inventar (so z. B. Schaufenster, Ladeneinrichtungen, Traktionsmittel u. a. m.).

3. *Das Element einer organisierten Tätigkeit* wird sich in der Regel an die betreffende soziale Tätigkeit anschließen, so z. B. der Vertrieb von verwässerter Milch durch die Absatz- und Verteilungsorganisation des sozialen Gewerbebetriebes.

²⁶ BGE 69 IV 42 will den umfassenderen Tatbestand von StGB 154 angewendet wissen, durch Annahme unechter Gesetzeskonkurrenz (straflose Vortat), während Hafter, Lehrbuch Besonderer Teil Bd. 2 S. 562, diesen Fall unter StGB 153 subsumiert und das In-Verkehr-Bringen als „eine Art Nachtat“ wertet. Ebenso Thormann / Overbeck, Komm. zu StGB 154 Nr. 1. — Bundesrichter Leuch befürwortet Realkonkurrenz, im Gegensatz zu Staatsanwalt Dr. Petrzilka, der eine Handlungseinheit annimmt und aus kriminalpolitischen Erwägungen wie auch durch eine Vergleichung mit der rechtlichen Behandlung des Versuches zu einer grundsätzlich schärferen Bestrafung des Fälschers kommt, der nachher noch von seiner Fälschung Gebrauch macht (Vorträge von Bundesrichter Leuch und Petrzilka in der Schweiz. Kriminalistischen Gesellschaft, NZZ 11. 7. 1944, Nr. 1177).

²⁷ BGE 69 IV 109.

4. Das ökonomische Prinzip dürfte beim Vorliegen des Erwerbsmomentes ohne Schwierigkeit nachgewiesen werden können.

5. Für den Nachweis einer *gesteigerten wirtschaftlichen Intensität* hat das zu Anlaß der gewerbsmäßigen Warenfälschung Angeführte auch hier Geltung: Auch hier wird der Nachweis der besondern Gefährlichkeit des Täters zumeist nur an Hand mehrmaliger Begehung erbracht werden können. Gesteigerte wirtschaftliche Intensität bei einmaliger strafbarer Handlung mag der Tatbestand erfüllen, da ein Milhhändler erst einen Posten verwässerter Milch feil hält, den Produzenten aber bereits angewiesen hat, diese Verfälschungen des öftern zu wiederholen, um die „Rendite“ dann zu teilen.

VI. Gewerbsmäßiges Herstellen

von gesundheitsschädlichem Futter — StGB 235 ciff. 1 Abs. 2

Bei diesem „abstrakten Gefährdungsdelikt“²⁸ ist für die Fälle, da die Möglichkeit einer objektiv großen Schadenzufügung akut ist, ein höherer Strafrahmen kriminalpolitisch vollauf gerechtfertigt. Da nun eine Herstellung in der Regel im Rahmen eines sozialen Gewerbebetriebes erfolgt, kommen für eine Anwendung des qualifizierten Tatbestandes in erster Linie diese Fälle in Frage. Ein Inverkehrbringen von gesundheitsschädlichem Futter wird in StGB 236 nicht gewerbsmäßig qualifiziert, doch wird der Richter auch in diesem Zusammenhang den konkreten Tatbestand bezüglich der Möglichkeit einer Subsumtion unter einzelne, für eine gewerbsmäßige Begehung begriffswesentliche Momente zu überprüfen haben, um diese dann zu Anlaß der Strafzumessung zu berücksichtigen.

1. Das *Erwerbsmoment* kennzeichnet das Grunddelikt noch nicht, wird aber, gleich wie beim Tatbestand der einfachen Warenfälschung, zumeist die Triebfeder zu asozialer Verhaltensweise darstellen, so z. B. bei einem Bauern, der verschimmelter Heu minderer Qualität mit nicht gesundheitsschädlichem mischt, um dadurch die verdorbenen Futtermittel nicht als Verlust buchen zu müssen.

2. Eine *Anwendung von Produktionsmitteln* ergibt sich aus dem im Rahmen eines sozialen Gewerbebetriebes erfolgten Herstellungsprozeß oder, wie etwa im obigen Falle, in der Aufbewahrung von verdorbenen Futtermitteln in Lagerräumen in der Absicht, sie in der Folge gleichwohl in den Handel zu bringen.

²⁸ Hafter, Lehrbuch Besonderer Teil II. Hälfte S. 554.

3. Als *Element einer organisierten Tätigkeit* zu asozialer Verhaltensweise kann das entsprechende soziale Korrelat gewertet werden (Arbeitsteilung, rationeller Ausbau des Gewerbebetriebes u. a.); des weitern aber auch der Umstand, da jemand verdorbenes Futter zu billigem Preise aufzukaufen sucht, um es nach Vermischen mit vollwertigem Gut in den Handel bringen zu können.

4. Das *ökonomische Prinzip* erhellt wieder im Zusammenhange mit dem Erwerbsmoment in dem Bestreben, unter Niedrighalten der Auslagen (z. B. geringer Ankaufspreis für verdorbenes Gut) eine möglichst hohe Gewinnmarge erzielen zu können.

5. Eine *gesteigerte wirtschaftliche Intensität* wird auch hier zu meist bei bereits erfolgter mehrmaliger Begehung vorliegen, doch ist dieses Moment m. E. auch in dem Falle zu bejahen, da ein Futterhändler erst einmal verdorbenes Futter beigemischt hat, sich jedoch bereits durch andere vertragliche Abmachungen zum Ankauf von weiteren gesundheitsgefährlichen Futtermitteln verpflichtet hat. Dies weist mit aller Deutlichkeit in die Richtung einer besondern Gefährlichkeit des Täters.

VII. Gewerbsmäßige Münzverringerung — StGB 243 *ciff. 1 Abs. 2*

Der höhere Strafraumen für eine gewerbsmäßige Begehung rechtfertigt sich, da „eine Form besonders schwerer Gefährdung des Geldverkehrs“ vorliegt.²⁹ Dagegen ist die Anwendung dieses Qualifikationsmomentes nur im Rahmen dieses Tatbestandes m. E. nicht begründet: Dieselbe kriminalpolitische Ueberlegung ließe eine schärfere Strafandrohung auch bei anderen Gelddelikten sowie bei Fälschungen amtlicher Wertzeichen, Maß und Gewicht als wünschenswert erscheinen. Dies gilt insbesondere für StGB 240 (Geldfälschung), dessen hoher Strafraumen (Zuchthaus) auf gewerbsmäßige Begehung hindeutet und davon nur besonders leichte Fälle ausgenommen wissen will. Hier kann m. E. nur eine extensive Auslegung von StGB 240.2 dazu führen, eine Abgrenzung von mehrmaligen Gelegenheitsfälschungen (für die der normale Strafraumen in Anbetracht des relativ geringen Verschuldens als übersetzt erscheint) zu fortgesetzter und allenfalls gewerbsmäßiger Geldfälschung zu ermöglichen.

Die Münzverringerung wird bei „dem zunehmenden Verfall des inneren Wertes der Münzen und bei der selten gewordenen Zirkulation von Goldmünzen zu einem immer weniger lukrativen Unter-

²⁹ Thormann/Overbeck, Kommentar zu StGB 243 N. 6.

nehmen“³⁰ und deswegen wohl auch so selten begangen. Als Begehungsart kommt „Beschneiden, Abfeilen, chemische Behandlung oder eine andere Art der Wertverminderung“ in Frage. In praxi wird sich die Verwirklichung dieser Tatbestandsmerkmale zufolge ziemlich großer Schwierigkeiten technischer Natur³¹ zumeist in einer Werkstatt, also im Rahmen eines sozialen Gewerbebetriebes abspielen, somit kommt, abgesehen von Bagatellfällen³², auch in diesem Zusammenhang Gewerbsmäßigkeit als beinahe einzige Begehungsart in Frage. — Die Absicht des Täters geht zumeist einmal auf Gewinnung von Metall und zum andern darauf, die im Werte verringerten Münzen „als vollwertig in Umlauf zu bringen“. Da ersteres Moment aber nicht Tatbestandsmerkmal ist, können auch die Fälle von Münzverringerung unter StGB 243.1 subsumiert werden, da keine diesbezügliche Erwerbsabsicht vorliegt.

1. *Das Erwerbsmoment* kann, wenn auch in bedeutend geringerem Umfange, als dies für die Anwendung des höheren Strafrahmens gefordert werden muß, bereits im Motiv zur Begehung des Grunddelikts erblickt werden. Für dieses ist nämlich nur begriffswesentlich, daß der Täter mit Wissen und Willen im Werte verringerte Münzen als vollwertig in Umlauf zu setzen beabsichtigt, er also bei deren Verwirklichung nur um den Betrag der Münze bereichert ist (da er die Pflicht hätte, die von ihm beschädigte Münze aus dem Verkehr zu ziehen). Für den gewerbsmäßig Handelnden sind aber noch weitere wirtschaftliche Ueberlegungen gegeben, nämlich durch derartige Metallgewinnung Einnahmen zu erzielen, was in der Regel das Motiv zu deliktischem Verhalten darstellen dürfte.

2. *Eine Anwendung von Produktionsmitteln* kennzeichnet bereits das Grunddelikt, da eine derartige Bearbeitung der Münzen immer einen Einsatz von Instrumenten, Werkzeugen oder chemischen Substanzen erfordert; demzufolge ist dieses Moment in diesem Zusammenhange für einen besonders intensiv gearteten verbrecherischen Willen nicht in dem Maße geeignet, als zu Anlaß anderer gewerbsmäßig qualifizierter Tatbestände.

3. *Das Element einer organisierten Tätigkeit* ist auch hier beim Vorliegen eines planmäßigen, umsichtigen Handelns anzunehmen, so etwa in dem Fall, da der Täter Bestrebungen unternimmt, eine größere Anzahl von Münzen zu deren Bearbeitung sich zu beschaffen.

³⁰ Hafter, Lehrbuch Besonderer Teil II. Hälfte S. 578.

³¹ So z. B. „galvanoplastische Behandlung von Münzen (Protokoll der II. Expertenkommission 4.215) ; „Aushöhlen von Münzen“ (Hafter, a.a.O. S. 577 f.).

³² Diez, S. 184.

4. Dem *ökonomischen Prinzip* kommt mithin hier entscheidende Bedeutung zu, dies deswegen, da der Aufwand an Mitteln und Arbeitskraft relativ groß, der Erfolg im Einzelfall jedoch recht gering ist. Um den „Betrieb“ wirtschaftlich gestalten zu können, muß der Täter das Verfahren in einer Vielzahl von Fällen zur Anwendung bringen, um den erzielten Erfolg in ein einigermaßen günstiges ökonomisches Verhältnis zum Aufwand zu bringen.

5. Die *gesteigerte wirtschaftliche Intensität* wird in der Regel nur an Hand mehrmaliger Begehung nachgewiesen werden können, wobei sich dann die höhere Strafandrohung auch durch den dem Geldverkehr zugefügten, objektiv größeren Schaden rechtfertigen läßt. Immerhin kann Gewerbsmäßigkeit auch zu Anlaß dieses Delikts bei erst einmalig verübter Tat vorliegen, dann nämlich, wenn hier der verbrecherische Wille derart intensiv ist, daß eine besondere Gefährlichkeit angenommen werden muß, so z. B. in dem Falle, da der Täter sich eine große Menge Münzen beschafft hat, nach Abschluß der ersten Bearbeitung aber bereits gefaßt werden konnte; dann aber vorab in den Fällen, da sich aus einer Reihe nicht mehr beachtlicher Vortaten diese Schlußfolgerung mit aller Deutlichkeit ergibt.

VIII. Gewerbsmäßiges Fälschen von Ausweisen — StGB 252 ciff. 2

Im Rahmen der die Urkundenfälschungen unter Strafe stellenden Tatbestände findet sich nur zu Anlaß von StGB 252 eine gewerbsmäßige Qualifikation. Dieses Fehlen des höheren Strafrahmens ist vor allem beim allgemeinen Tatbestand der Urkundenfälschung (StGB 251) nicht recht verständlich, denn dieselben kriminalpolitischen Ueberlegungen, die die Strafschärfung zu Anlaß eines Fälschens von Ausweisen rechtfertigen, haben auch für StGB 251 Gültigkeit.³³ Der Grund wird wohl in dem hohen Strafrahmen liegen, den das Grunddelikt (Bagatellfälle ausgenommen) vorsieht, ferner in dem Umstande, daß für einfache Urkundenfälschung Schädigungs- oder Bereicherungsabsicht, für nichtqualifiziertes Fälschen von Ausweisen dagegen die Absicht, „sich oder einem andern das Fortkommen zu erleichtern“, Tatbestandsmerkmale sind, was zwei verschieden intensiven verbrecherischen Willen entspricht.

Die ratio der Strafschärfung bei StGB 252.2 rechtfertigt sich kriminalpolitisch dadurch, daß die Täter, die das Fälschen von Ausweisen gleich „einem sozialen Gewerbe“ vornehmen, energisch bekämpft werden müssen, dies einmal, da Treu und Glauben im Ver-

³³ Ebenso Diez, S. 185.

kehr durch den Umstand, daß jemand um Geld sich gefälschte Ausweisschriften, Zeugnisse³⁴ oder Bescheinigungen erwerben kann, ernstlich bedroht sind, dann aber auch zufolge der verbrecherisch intensiven Willensdisposition des Täters. Diese Tätigkeit kann sich an einen sozialen Gewerbebetrieb anschließen, so z. B. bei dem Photographen, der neben dem Erstellen einer Paßphotographie auch noch die Herstellung der betreffenden Ausweisschrift besorgt.³⁵

StGB 252 ciff. 2 setzt die gewerbsmäßige Begehung einem „Handeln mit solchen Schriften“ gleich, d. h. nicht nur der Hersteller und der, der die Falsifikate gebraucht, kommen als Täter in Frage, sondern auch derjenige, der, ohne die Ausweise selbst gefälscht zu haben, mit ihnen Handel treibt, was über ein gewerbsmäßiges Inverkehrbringen hinausgeht³⁶, da auch bösgläubige Zweit- und Dritterwerber der Falsifikate unter die erhöhte Strafandrohung fallen.

1. *Das Erwerbsmoment* kennzeichnet die Absicht des Fälschers oder Verfälschers dahingehend, als seinem Tun der Wille zugrunde liegen muß, sich seine Bemühungen um das Fortkommen eines Dritten bezahlen zu lassen.

2. *Eine Anwendung von Produktionsmitteln* kennzeichnet bereits das Grunddelikt, da ohne Instrumente, Werkzeuge, eventuell chemische Hilfsmittel eine Fälschung oder Verfälschung gar nicht vorgenommen werden kann. Aus dem Umstande, daß die zu einer solchen Handlung notwendigen Mittel nach erfolgreicher Begehung leicht wieder beigebracht werden können, kann bereits auf ein Indiz einer besonderen Gefährlichkeit geschlossen werden, so z. B. in dem Falle, da ein Kanzlist die ihm zu sozialer Berufsausübung zustehenden amtlichen Stempel zu asozialer Betätigung verwendet.

3. *Für das Element einer organisierten Tätigkeit* seien stichwortartig Kundenwerbung, verschleierte Reklametätigkeit, raffinierte Arbeitsteilung oder eine Beschaffung von amtlichen Formularen als Beispiele angeführt.

4. *Das ökonomische Prinzip* stellt sich auch hier durch die Willensdisposition dar, aus dieser asozialen Verhaltensweise möglichst hohe Einnahmen zu erzielen, was insbesondere beim Vorliegen einer eigentlichen Risikoprämie wird nachgewiesen werden können.

³⁴ BGE 70 IV 169 ff. legt diesen Begriff extensiv dahingehend aus, als auch Zeugnisabschriften von einem nicht bestehenden Zeugnis darunter zu subsumieren sind.

³⁵ Solche Fälle sind in der Schweiz selten, waren aber während des Krieges in Deutschland und den besetzten Gebieten sehr häufig, vorab im Rahmen der verschiedenen Untergrundbewegungen.

³⁶ Ebenso Diez S. 184.

5. *Eine gesteigerte wirtschaftliche Intensität* wird sich auch in diesem Zusammenhange in der Mehrzahl der Fälle erst beim Vorliegen einer mehrmaligen Begehung ergeben. Immerhin können gewisse äußere Umstände, so etwa die Anschaffung einer großen Anzahl von Pässen, eine reiche Sammlung von (allenfalls nachgemachten) Stempeln staatlicher Stellen und von Formularen sowie ein hohes Entgelt die Annahme des höhern Strafrahmens schon bei einmaliger Begehung rechtfertigen.

§ 12. Die gewerbsmäßig begangenen Sittlichkeitsdelikte

A. Die gewerbsmäßig qualifizierten Sittlichkeitsdelikte

I. Gewerbsmäßige Kuppelei (insbesondere das Halten eines Bordells) *StGB 199, 202, 209*

Da das Grunddelikt (StGB 198) die Gewinnsucht als Tatbestandsmerkmal aufweist, muß vorerst in diesem Zusammenhange dieses Moment diskutiert werden, um dann die Abgrenzung zum gewerbsmäßig qualifizierten Artikel 199 zu finden. Auszugehen ist von der diesbezüglichen Betrachtung im Allgemeinen Teil¹: Es ist somit auf die Bereicherungsabsicht abzustellen, die zu präzisieren ist als „eigennütziges, rücksichtsloses Streben nach Gewinn“, als „Steigerung des Erwerbssinnes auf ein ungewöhnliches, sittlich anstößiges Maß“.² Dies kann, muß sogar nach dem Willen des Gesetzgebers immer dann angenommen werden, wenn um eines finanziellen Vorteils willen der Unzucht Vorschub geleistet wird. Zu welch untragbaren Konsequenzen die Umschreibung der Gewinnsucht als einer diesbezüglichen „dauernden Gesinnung“³ führt, erhellt daraus, daß bei einmaliger Begehung nur in den seltensten Fällen auf Strafe erkannt werden könnte, was zweifellos nicht der ratio legis entspricht. Auch in diesem Zusammenhange vermag nur eine Umschreibung als Bereicherungsabsicht, die der Gesetzgeber moralisch besonders verabscheuungswürdig wertet, zu befriedigen.

¹ Siehe § 6 II.

² E der schwyzerischen Kriminalkammer vom 10. 1. 1944, RSS 1944 Nr. 141.

³ Thormann/Overbeck, Kommentar zu Art. 137 N. 26; ähnlich v. Liszt-Schmidt, Lehrbuch 1927 S. 413.

Eine Abgrenzung zum gewerbsmäßig qualifizierten Delikt ist auch hier darin zu erblicken, daß dieses mit Erfüllung der begriffswesentlichen Elemente, die an eine besondere Gefährlichkeit anknüpfen, gegeben ist. In diesem Sinne kann von einem „qualitativen Unterschied“ zwischen den beiden Begriffen gesprochen werden, wie dies ein zugewandter Entscheid in anderem Zusammenhange annahm.⁴

1. *Das Erwerbsmoment* charakterisiert, obigen Darlegungen zufolge, bereits das Grunddelikt. Es muß somit ein Handeln zum Zwecke der Gewinnziehung vorliegen. Somit ist dieses Moment zu verneinen bei einem „Dulden von Geschlechtsverkehr zwischen Zimmerherr und Tochter, sofern die Eltern nicht bewußt ihre Kinder des eigenen Gelderwerbs wegen der Prostitution preisgeben“.⁵ Dieses Kriterium, und damit Strafandrohung überhaupt, ist mit dem zugewandten Obergericht auch in dem Falle nicht zu bejahen, da jemand einem Brautpaar gelegentlich die Wohnung zur Verfügung stellt.⁶ Schwieriger gestaltet sich diese Frage bei Wirtspersonen, da bei ihnen die Form einer gewerbsmäßigen Begehung in Anlehnung an den sozialen Gewerbebetrieb besonders aktuell ist. Das Erwerbsmoment ist zu bejahen, wenn der Täter das Bewußtsein hat, „daß durch das eigene Verhalten günstigere Bedingungen für fremde Handlungen geschaffen werden“⁷ und dies der Wirt dann zum Zwecke der Umsatzsteigerung auswertet.

2. *Das Moment einer Anwendung von Produktionsmitteln* liefert nun ein deutliches Unterscheidungsmerkmal zwischen der qualifizierten Tat und dem Grunddelikt. Es wird sich zumeist darstellen in der Bereithaltung von geeigneten Räumen, wie dies ja vor allem den vom Gesetzgeber besonders hervorgehobenen Tatbestand des Haltens eines Bordells kennzeichnet.

3. *Das Moment einer organisierten Tätigkeit* kann in einer Reklametätigkeit erblickt werden; eine gewisse Ähnlichkeit zum Tatbestande der gewerbsmäßigen Abtreibung drängt sich in diesem Punkte auf. Des weiteren wäre es aber auch anzunehmen, wenn ein Wirt „Animierdamen“ engagiert hat zum Zwecke der Umsatzsteige-

⁴ E des zugewandten Strafgerichts vom 24. 4. 1945, RSS 1945 Nr. 141.

⁵ E des st. gallischen Kantonsgerichts vom 9. 7. 1914.

⁶ E des zugewandten Obergerichts vom 30. 12. 1935 i. S. Fach.

⁷ E des zugewandten Obergerichts vom 27. 11. 1938 i. S. Schmidli; ähnlich E des zugewandten Obergerichts vom 28. 1. 1935 i. S. Frei (abgedruckt jeweils in den Rechenschaftsberichten), E des st. gallischen Kantonsgerichts vom 17. 5. 1927, 4./5. 4. 1928, E des baselstädtischen Strafgerichts vom 19. 9. 1928 i. S. Marie H. (Z 42/373). — Analog der Fall SJZ 19/251, Hafter, Lehrbuch Besonderer Teil I. Hälfte S. 141, da zum Zwecke der Erhöhung der Frequenz einer Badanstalt Doppelbäder an Pärchen abgegeben werden.

rung und dann in der Folge gegen die fremde Unzucht in seinem Hotel nicht einschreitet.

4. *Das ökonomische Prinzip* kennzeichnet bereits das Grunddelikt zufolge dessen Tatbestandsmerkmals eines Handelns aus Gewinnsucht. Klar in Erscheinung tritt dieses Moment in dem Fall, da „ein Wirt Weinstuben mit höheren Preisen für die Getränke errichtet und es an der nötigen Beaufsichtigung des Servierpersonals fehlen läßt“.⁸

5. *Eine gesteigerte wirtschaftliche Intensität* wird auch in diesem Zusammenhange zumeist nur bei mehrmaliger Begehung bejaht werden können, da nur an Hand einer Mehrzahl bereits verübter Taten mit Sicherheit auf eine besondere Gefährlichkeit geschlossen werden kann. Einen Fall, da auf Grund einmaliger Begehung die Strafschärfung kriminalpolitisch gerechtfertigt, ja wünschenswert ist, nennt Prof. Hafter, da „ein kupplerisches Absteigequartier oder ein Bordellbetrieb eingerichtet, der Täter aber schon bei seiner ersten deliktischen Tätigkeit gefaßt wird“.⁹

Im Anschluß an den gewerbsmäßig qualifizierten Tatbestand in StGB 199 findet sich dasselbe Delikt als Tatbestandsmerkmal im Rahmen einiger anderer Strafbestimmungen, die den „Schutz des öffentlichen Interesses an der Bekämpfung der Unzucht im allgemeinen und die sozialen Erscheinungen, welche mit der Begünstigung der Unzucht zusammenhängen, gewährleisten“.¹⁰ In Betracht kommen StGB 202 (Frauen- und Kinderhandel) und StGB 209 (Dulden gewerbsmäßiger Kuppelei in den Mietsräumen).

a) Frauen- und Kinderhandel — StGB 202

Die Marginalie zu StGB 202 deutet darauf hin, daß schon beim Grunddelikt gewerbsmäßige Begehung häufig, wenn nicht sogar die typischste Erscheinungsform dieses Verbrechens ist. Sub StGB 202 ciff. 2 Abs. 7 wird der Tatbestand qualifiziert, wo der Täter die Person einem „gewerbsmäßigen Kuppler“ zu überliefern beabsichtigt.

⁸ E des zugerischen Obergerichts vom 28. 1. 1935 i. S. Frei (Rechenschaftsbericht des zugerischen Obergerichts 1935).

⁹ Hafter, SJZ 1942 S. 354, NZZ 27. 10. 1946 Nr. 1937. — Dagegen erscheint irrelevant, ob nur eine Frauensperson gehalten wird oder deren mehrere, so Hafter, Lehrbuch Besonderer Teil 1. Hälfte S. 145: „Maßgebend ist nur die Einrichtung eines solchen Betriebs, der seinen Charakter nicht ändert, wenn — vielleicht vorübergehend — nur eine einzelne Frauensperson beherbergt wird.“ Ebenso E zürcher. Obergericht III. Kammer B v. 21. 3. 1947 (BIZR 1946 Nr. 43a). — A. A. BIZR 14 Nr. 53.

¹⁰ Thormann / Overbeck, Kommentar zu StGB 198 N. 2

Dies wird wohl praktisch den Hauptfall darstellen, so daß für eine Anwendung des Tatbestandes von ciff. 1 nur noch ein geringer Streubereich übrig bleibt.^{10a} Für die Feststellung des Tatbestandsmerkmals des qualifizierten Frauen- und Kinderhandels wird eine Subsumtion unter den Tatbestand der gewerbsmäßigen Kuppelei vorgenommen werden müssen. Da es sich zumeist um einen Bordellinhaber handeln dürfte, ist dieser Nachweis leicht zu erbringen.¹¹

b) Dulden gewerbsmäßiger Kuppelei in den Mietsräumen — StGB 209

In diesem Tatbestand wird eine Teilnahmeform zu gewerbsmäßiger Kuppelei im Sinne einer Uebertretung verselbständigt. Es handelt sich um eine Vorschrift, die stark polizeirechtlichen Einschlag aufweist. Zu überprüfen ist das Verhältnis zum Tatbestand einer Beihilfe zu StGB 199. Der unterschiedliche Strafraumen, der zur Anwendung käme, führt zur Annahme, daß da, wo engere Beziehungen zwischen Vermieter und Kuppler (etwa im Sinne einer „Gewinnbeteiligung“ des letzteren) vorliegen, der höhere Strafraumen zufolge schwereren Verschuldens gerechtfertigter ist als in dem Falle, wo nur ortsüblicher Mietzins (also keine Risikoprämie) dem Vermieter zufließt. Auch hier muß überprüft werden, ob das Handeln des Kupplers StGB 199 erfüllt, denn nur dann kommt eine Subsumtion des Handelns des Vermieters unter StGB 209 in Frage.

II. Gewerbsmäßiger Frauen- und Kinderhandel — StGB 202 ciff. 2 Abs. 8

Neben der Qualifizierung des Tatbestandes, da der Täter die Person „einem gewerbsmäßigen Kuppler“ zu überliefern beabsichtigt¹², wird durch StGB 202 ciff. 2 Abs. 8 allgemein an eine gewerbsmäßige Begehung des Grundtatbestandes ein höherer Strafraumen geknüpft. Nicht vollauf vermag in diesem Zusammenhange die allzu kasuistische Fassung dieses Artikels zu befriedigen.

1. *Das Erwerbsmoment:* Dem Handeln des Täters muß der Wille zugrunde liegen, aus dergestalttem Tätigwerden sich Einnahmen zu

^{10a} Ebenso Diez S. 182 ff.

¹¹ Instruktiv in diesem Zusammenhang ein Fall, da ein Täter zwei Dirnen um seines eigenen Vorteils willen eine Anstellung in einem öffentlichen Hause in Mailand vermittelt hat (E des zürcher. Obergerichts vom 22. 12. 1887 Z I [1888] S. 135).

¹² Vgl. § 12 Ia.

verschaffen. In diese Richtung weist schon das Tatbestandsmoment des Grunddelikts „... Handel treibt...“, so daß dieses Kriterium bereits die nicht qualifizierte Tat erfüllt.

2. *Eine Anwendung von Produktionsmitteln* kann in dem Umstande erblickt werden, daß die asoziale Tätigkeit sich zumeist (zur bessern Tarnung des lichtscheuen Gewerbes) an eine soziale anlehnen wird (Stellenvermittlungsbureau, Heiratsvermittlungsstelle). Dieses Element weist allgemein in die Richtung der besondern und allgemeinen Gefährlichkeit des Täters, kann daher auch in diesem Zusammenhange als ein Indiz eines besonders intensiven verbrecherischen Willens gewertet werden. Mit erfülltem sozialem Gewerbebegriff ist dieses Kriterium auch in der asozialen Sphäre gegeben.

3. *Eine organisierte Tätigkeit* kann allgemein in einem planmäßigen, umsichtigen Handeln erblickt werden; konkret wird sie sich etwa darstellen im Ausbau der Beziehungen zu seinen „Kunden“ oder in einer eigentlichen Reklametätigkeit.

4. *Das ökonomische Prinzip* ergibt sich mit aller Deutlichkeit aus dem Motiv des verbrecherischen Tätigwerdens, aus dem Bestreben heraus, sich um eine möglichst hohe Einnahmensquote zu bereichern.

5. *Das Element einer gesteigerten wirtschaftlichen Intensität* wird auch in diesem Zusammenhange ungleich leichter an Hand einer mehrmaligen Begehung nachgewiesen werden können. Immerhin ist der höhere Strafraum auch in dem Falle gerechtfertigt, da dem Täter als einem Mitglied einer Bande erst ein konkretes Verbrechen vorgeworfen werden kann, vertragliche Verpflichtungen, der Ausbau einer eigentlichen Organisation, mit aller Deutlichkeit aber auf eine besondere Gefährlichkeit schließen lassen.

B. Die gewerbsmäßige Begehung als Tatbestandsmerkmal aufweisende Sittlichkeitsdelikte

Einige Tatbestände des 5. Titels des Besondern Teils weisen die gewerbsmäßige Begehung nicht als Qualifikationsmoment, sondern als Tatbestandsmerkmal auf. Diese von der bisherigen Praxis der Verwendung dieses Begriffs abweichende Regelung erklärt sich aus dem Umstande, daß die heutigen Fassungen sich als eigentliche Kompromißlösungen der verschiedenen in Räten und Kommissionen zum Ausdruck gekommenen Anschauungen darstellen. Des weitern könnte noch bei einigen Tatbeständen deren starker polizeirechtlicher Einschlag zur Rechtfertigung herangezogen werden.

Diese Lösung des StGB vermag nicht vollauf zu befriedigen. Die Gewerbsmäßigkeit ist als Qualifikationsmoment, das an ein höheres Verschulden des Täters anknüpft, für die Strafzumessung sehr geeignet, dagegen ist es stoßend, wenn eine vom Gesetzgeber gebilligte Tätigkeit nun dadurch strafbar wird, weil sie gewerbsmäßig begangen wurde. Vom Standpunkt der Kriminalpolitik aus läßt sich die Formulierung des StGB rechtfertigen, da dadurch eine Bekämpfung einer wohl gebilligten, vom Gesetzgeber moralisch aber verworfenen Handlung in ihren besonders akuten Erscheinungsformen ermöglicht werden soll. Dies führt aber auch dazu, daß es mit der Subsumtion eines Tatbestandes unter den Begriff der Gewerbsmäßigkeit streng genommen werden muß, da ja die Strafbarkeit nun von deren Annahme zu einem wesentlichen Teile abhängt.

Im folgenden wird nun die sub § 5 I gefundene Definition auch zu Anlaß dieser Delikte zur Anwendung gebracht, was eine prinzipielle Brauchbarkeit auch in diesem Zusammenhange ergibt.

1. Die gewerbsmäßige widernatürliche Unzucht — StGB 194.3

Erstmals erscheint im Rahmen von StGB 194 eine gewerbsmäßige Begehung nicht als Qualifikationsmoment, sondern als Tatbestandsmerkmal. Der Wille des Gesetzgebers ist klar: Die widernatürliche Unzucht als solche soll nicht unter Strafe gestellt werden, sondern nur das Vorliegen besonderer Umstände, nämlich die Verführung Unmündiger, Mißbrauch der Notlage oder Abhängigkeit, oder die Gewerbsmäßigkeit soll die Gefängnisstrafe begründen.¹³ Diese Regelung stellt sich als ein Kompromiß der in den verschiedenen Kommissionen, kantonalen Gesetzgebungen und Räten zum Ausdruck gekommenen Anschauungen dar.¹⁴ Aber auch reine Zweckmäßigkeitserwägungen führten zu der heutigen Fassung, „um einerseits die Härten einer allgemeinen Bestrafung zu vermeiden, anderseits aber doch, wo es unerläßlich ist (bei Jugendlichen, Abhängigen) und wo das kriminelle Moment besonders stark hervortritt (Gewerbsmäßigkeit) den strafrechtlichen Schutz zu verwirklichen“.¹⁵

¹³ SJZ 1940 Nr. 187 S. 302.

¹⁴ S. Thormann / Overbeck Kommentar zu Art. 194 N. 1 und 2 sowie die dort zit. Quellen.

¹⁵ Diez S. 155.

1. *Das Erwerbsmoment* muß dergestalt vorliegen, als es die eigentliche Triebfeder zu asozialer Verhaltensweise darstellen muß.¹⁶ Es muß dem Handeln des Täters die Absicht zugrunde liegen, aus gleichgeschlechtlicher sexueller Hingabe Einnahmen zu erzielen, die sich zumeist als eine Geldleistung darstellen werden.

2. *Eine Anwendung von Produktionsmitteln*, als was sich der Einsatz von Kapital im Rahmen eines sozialen Gewerbebetriebes in der asozialen Sphäre darstellt, engt nun die begriffliche Umschreibung im Sinne der besondern Gefährlichkeit ein: So ist vor allem an den Fall zu denken, da jemand in unsittlicher Absicht ein Zimmer mietet oder sich gar eine Wohnung beschafft.¹⁷

3. *Das Moment einer organisierten Tätigkeit* kennzeichnet die Art und Weise, wie der Täter mit dem jeweiligen „Kunden“ in Kontakt gekommen ist. Kann von einem eigentlichen „Kundenfang“ gesprochen werden, d. h. ist das Verhalten des Delinquenten derart, daß darin eine Bereitschaft erblickt werden kann, sich gegenüber einem unbeschränkt großen Personenkreis in homosexuelle Beziehungen einzulassen, dann ist dieses Kriterium vorbehaltlos zu bejahen.¹⁸

4. *Das ökonomische Prinzip* verlangt auf der einen Seite niedrige Auslagen, auf der andern hohen materiellen Gewinn. Ein derartiges Verhalten wird jeden in Erwerbsabsicht Handelnden charakterisieren, so daß der Nachweis dieses Moments leicht zu erbringen sein dürfte.

¹⁶ Ebenso E des Jugendgerichts Baden v. 20. 1. 1949 i. S. W. — A. A. E des zürcher. Obergerichts v. 3. 4. 1947 (BlZR 1946 Nr. 46), dagegen ist ihm m. E. in dem Punkte recht zu geben, daß nicht erforderlich sei, daß der Täter ausdrücklich ein Entgelt verlange, vielmehr genüge, wenn er mit einem solchen rechne.

¹⁷ So ist dieses Moment im Falle R. (NZZ 31. 12. 1945 Nr. 2011) zu bejahen, doch ist wegen unechter Gesetzeskonkurrenz mit StGB 156 (Chantage) gewerbsmäßige widernatürliche Unzucht in diesem Falle nicht anzunehmen. — Ferner BGE 70 IV 29, da der Täter ein Doppelschlafzimmer für eine Nacht bestellte. StGB 194.3 ist aber nicht anzuwenden, da das Erwerbsmoment nicht vorliegt, dagegen ist auf StGB 194.1 zu erkennen.

¹⁸ Dies kann u. U. auch dann gegeben sein, wenn jeweils nur mit einem einzigen Homosexuellen verkehrt wurde. So E der baselstädt. Jugendstrafkammer v. 19. 9. 1946 (SJZ 1943 S. 112 f. Nr. 53): „... es genügt vielmehr, wenn aus seinem Verhalten geschlossen werden kann, daß er nötigenfalls bereit gewesen wäre, sich auch mit andern einzulassen, wenn seine finanziellen Bedürfnisse nicht mehr durch den einen einzigen Partner hätten befriedigt werden können.“ Ebenso E zürcher. Obergericht v. 3. 4. 1947 (BlZR 1946 Nr. 46): „... mit der Gewerbsmäßigkeit ist eine Auswahl der sich bietenden Gelegenheiten zur Tatbegehung vereinbar. Erforderlich ist aber die Bereitschaft des Täters, im Rahmen der für seine Auswahl bestimmten Gesichtspunkte, die Tat bei sich bietender Gelegenheit gegenüber unbestimmt vielen Personen um des Erwerbes willen immer wieder zu begehen.“

5. *Die gesteigerte wirtschaftliche Intensität* dürfte auch hier in der Mehrzahl der Fälle erst an Hand mehrmaliger Begehung gegeben sein, dies, da sich auch in diesem Zusammenhange eine besondere Gefährlichkeit nur sehr selten bei einmaliger Begehung aus den Umständen ergeben dürfte. Immerhin ist Gewerbsmäßigkeit und damit Strafbarkeit gegeben bei der „Miete eines entsprechenden Zimmers durch einen Homosexuellen, sofern aus den Umständen (Lage, Möblierung) der Zweck hervorgeht, auch wenn nur eine einmalige Hingabe gegen Geld an einen andern Homosexuellen gegeben ist“.¹⁹

II. Gewerbsmäßige Unzucht im Rahmen von StGB 201 und 207

Obgleich das StGB die gewerbsmäßige Unzucht als solche nicht unter Strafe gestellt hat²⁰, findet sich dieser Ausdruck als Tatbestandsmoment im Rahmen der Zuhälterei (StGB 201) und der Belästigung durch gewerbsmäßige Unzucht (StGB 207). Der Wille des Gesetzgebers scheint dahin zu gehen, besonders verwerfliche Nebenerscheinungen und Auswüchse der Prostitution mit Strafe zu bedrohen. Dies verlangt nun, daß man sich mit dem Begriff der gewerbsmäßigen Unzucht auseinanderzusetzen hat, wobei diese sich begrifflich als männliche, weibliche oder gleichgeschlechtliche Prostitution darstellen kann, in praxi jedoch die Fälle weiblicher Prostitution im Vordergrund stehen werden.

1. *Das Erwerbsmoment* stellt sich dergestalt dar, daß die betreffende Person zum Zwecke der Einnahmenserzielung sich geschlechtlich einem unbestimmt großen Personenkreis preisgibt. Zumeist wird es sich um Geldleistungen handeln, doch können auch Naturalleistungen vorliegen (etwa in der Form kostspieliger Geschenke), dagegen genügen ideelle Vorteile nicht.²¹ Unwesentlich ist, ob der Täter in den Besitz des materiellen Vorteils in der Folge tatsächlich gelangt ist; immerhin wird aus der Tatsache des erlangten Gewinns mit größerer Sicherheit auf eine diesbezügliche Willensdisposition geschlossen werden können.

2. *Das Element einer Anwendung von Produktionsmitteln* kann mithin auch in diesem Zusammenhange als Indiz besonderer Gefähr-

¹⁹ Diez, S. 163.

²⁰ Dazu stellen BGE 68 IV 40 ff. und 68 IV 111 ff. in Anwendung von StGB 335 ciff. 1 ausdrücklich fest, daß die Kantone nicht befugt sind, die gewerbsmäßige resp. einfache Unzucht als Uebertretung mit Strafe zu bedrohen.

²¹ Ebensowenig wie beim Tatbestand der Kuppelei, vgl. Thormann/Overbeck Kommentar zu Art. 198 N. 6.

lichkeit gewertet werden. Man denke etwa an entsprechend eingerichtete Absteigequartiere oder an die in unsittlicher Absicht erfolgte Miete eines Zimmers für längere Dauer.

3. *Das Element einer organisierten Tätigkeit* manifestiert sich in systematischem Kundenfang, der sich etwa darstellen kann als Duldung der Adressenvermittlung, entsprechende Verhaltensweise im Rahmen eines Animierbetriebes oder als eigentliche Offerte an die Umwelt durch „Strichgang“. Besonders deutlich trat dieses Moment im spätern Mittelalter und zu Beginn der Neuzeit in Erscheinung, da Dirnen besondere Kleider und Abzeichen trugen. — Dagegen ist dieses Kriterium und damit Gewerbsunzucht zu verneinen, wenn sich die betreffenden Handlungen nur gegen eine Person richten, z. B. beim Vorliegen konkubinatsähnlicher Verhältnisse.

4. *Das ökonomische Prinzip* wird bei Vorliegen des Erwerbsmoments leicht nachzuweisen sein im Bestreben, sich um eine möglichst hohe Einnahmensquote zu bereichern.

5. *Die gesteigerte wirtschaftliche Intensität* wird auch hier in der Regel nur bei Vorliegen mehrmaliger Begehung angenommen werden können, immerhin wird auch bei Vorliegen nur einer Unzuchtshandlung mit Sicherheit aus den Umständen eine Willensdisposition nachgewiesen werden können, sich künftighin auf diese Art und Weise Einnahmen zu erzielen, so z. B. in dem Falle, da eine Dirne in unmittelbarer Nähe eines Animierbetriebes sich ein Zimmer mietet und mit dessen Wirt vereinbart hat, die Gäste zu größerer Konsumation anzuregen.

III. Gewerbsmäßiges Ausleihen von unzüchtigen Gegenständen — StGB 204 ciff. 1 Abs. 3

Schutzobjekt ist hier „das allgemeine Kulturinteresse an der Bekämpfung von unzüchtigen Veröffentlichungen“.²² Inmitten einer reichen Kasuistik wird der Umstand mit Strafe bedroht, da jemand „unzüchtige Schriften, Bilder, Filme oder andere unzüchtige Gegenstände . . . gewerbsmäßig ausleiht“. Die besondere Hervorhebung dieses Tatbestandes rechtfertigt sich wohl dadurch, daß für die menschliche Gesellschaft die Verbreitung solcher Gegenstände im Rahmen eines sozialen Gewerbebetriebes eine objektiv große Gefahr darstellt zufolge weitgehender Verbreitungsmöglichkeiten dieser Materialien. — Die Subsumtion eines derartigen Tatbestandes unter StGB 204

²² Thormann/Overbeck, Kommentar zu StGB 204 N. 2.

ciff. 1 Abs. 3 bietet keine Schwierigkeiten, da sich die asoziale Tätigkeit eng an die soziale anschließt, so daß in der Regel bei Vorliegen des sozialen Gewerbebegriffes asozial gewerbsmäßiges Ausleihen gegeben ist.

1. *Das Erwerbsmoment* stellt sich als die Absicht dar, derartige Gegenstände gegen Entgelt auszuleihen. Entfällt dieses Moment, dann kann gewerbsmäßige Begehung nicht angenommen werden; die Strafbarkeit folgt dann aus der Subsumtion unter den Tatbestand eines diesbezüglichen öffentlichen oder geheimen Verbreitens.

2. *Eine Anwendung von Produktionsmitteln* ergibt sich regelmäßig aus dem asozialen Tätigwerden im Rahmen eines sozialen Gewerbebetriebes. Stichwortartig sei auf dessen Geschäftsinventar, Räumlichkeiten hingewiesen.

3. *Das Element einer organisierten Tätigkeit* kann im Verschicken von Offerten, einer Reklametätigkeit u. a. erblickt werden, wobei der Täter nicht besonders auf die verbotenen Gegenstände hinzuweisen braucht; es genügt deren Vermengung mit der übrigen Ware.

4. *Das ökonomische Prinzip* stellt sich auch hier im Bestreben des Täters dar, möglichst hohe Einnahmen zu erzielen. Besonders deutlich tritt dieses Element da zutage, wo der Täter im Bewußtsein, contra legem zu handeln, daraus noch Kapital zu schlagen sucht durch über-setzte Leihgebühren.

5. *Die gesteigerte wirtschaftliche Intensität* wird hier in der Regel schon bei einmaliger Begehung anzunehmen sein, da die Umstände (Begehung im Rahmen eines sozialen Gewerbebetriebes) die Annahme einer besonderen Gefährlichkeit rechtfertigen. Zuzufolge der reichen Kasuistik ist diese Frage insofern gegenstandslos, als der Strafrahmen für einfaches Verbreiten derartiger Gegenstände derselbe ist.

IV. Anlocken zur Unzucht — StGB 206

Das StGB will durch diese Bestimmung ein weiteres Ausbreiten der Prostitution verhindern, indem der Gesetzgeber sie durch diese Bestimmung aus dem Lichte der Öffentlichkeit zu verbannen sucht, indem er offene Offerten auf Straßen und Plätzen unter Strafe stellt. StGB 206 wendet sich vor allem gegen den Kundenfang und „Strichgang“, trifft also die Gewerbsunzucht an ihrer empfindlichsten Stelle.

Begrifflich stellt sich der Tatbestand als eine Vorbereitungshandlung zu gewerbsmäßiger Unzucht dar, als organisierte Tätigkeit im Rahmen der nachfolgenden Gewerbsunzucht, welche letztere aber für die Annahme von StGB 206 nicht begriffswesentlich ist. Immerhin

wird deren Vorliegen retrospektiv ein Indiz für die Willensdisposition des Täters zu Anlaß der Begehung darstellen, was vor allem die Beweisführung erleichtert.

Das Moment einer organisierten Tätigkeit wird nun dahingehend präzisiert, als öffentliche Begehung noch als Tatbestandsmerkmal figuriert, woraus folgt, daß „diskret betriebene Unzucht — abgesehen von gewerbsmäßiger widernatürlicher Unzucht (194.3) — straflos bleibt“.²³

Der Richter hat nun diese organisierte Tätigkeit nicht allein zu würdigen, sondern im Zusammenhange mit der Gewerbsunzucht, als deren begriffswesentliches Element sie sich darstellt. Es sind daher auch alle andern Momente der gewerbsmäßigen Unzucht zu überprüfen und in deren Zusammenhange ist die organisierte Tätigkeit zu würdigen, an die dann als Unrechtsfolge Haftstrafe oder Geldbuße geknüpft wird.

1. *Erwerbsmoment*: Der Wille des Täters muß auf die Erlangung eines Vermögensvorteils durch geschlechtliche Preisgabe gerichtet sein; dies muß die Triebfeder zu seiner organisierten und öffentlichen Verhaltensweise darstellen.

2. *Eine Anwendung von Produktionsmitteln* im Rahmen einer nachfolgenden gewerbsmäßigen Unzucht zeigen zwei Fälle aus der bundesgerichtlichen Praxis²⁴, da in der Wohnung einer Freundin resp. Base, die Dirnen sich jeweils gegen Entgelt zum Geschlechtsverkehre hingaben.

3. *Das Element einer organisierten Tätigkeit* umschreibt der Tatbestand ausdrücklich: „Wer ... jemanden durch Zumutungen und Anträge zur Unzucht anlockt ...“ Darin ist nichts anderes als eine planmäßige Offerte zu erblicken, wie sie den im Rahmen eines sozialen Gewerbebetriebes Tätigen charakterisiert. In concreto wird sich dieses Moment etwa darstellen als eine Aufforderung der Dirne, ihr zur Ausübung der Unzucht in ein bestimmtes Haus zu folgen.²⁵

4. *Das ökonomische Prinzip* kann in den beiden zitierten bundesgerichtlichen Entscheiden darin erblickt werden, daß zufolge der Benützung von Wohnungen Bekannter die Auslagen jeweils gleich Null waren, somit das volle Entgelt als Gewinn gebucht werden konnte.

5. Beim Nachweis einer *gesteigerten wirtschaftlichen Intensität* stößt man auch hier auf den Fragenkomplex, ob einmalige Begehung

²³ Hafter, Lehrbuch Besonderer Teil 1. Hälfte S. 174.

²⁴ BGE 68 IV 40 resp. 69 IV 200.

²⁵ BGE 68 IV 44.

schon Strafe nach sich zu ziehen vermöge. Dies ist auch hier prinzipiell zu bejahen, wenn aus den Umständen der Tat (Miete eines Zimmers in „günstiger“ Lage oder Nutznießung an der Wohnung anderer) oder an Hand von Vorstrafen oder strafrechtlich nicht mehr relevanter Delikte eine besondere Gefährlichkeit angenommen werden muß. — Dagegen ist der Fall problematisch, da im ersten Begehungsfalle die organisierte Tätigkeit wohl vollendet, dagegen zufolge nicht erfolgter nachfolgender Gewerbsunzucht nicht mit aller Bestimmtheit auf eine diesbezügliche Willensdisposition zu Anlaß der Tat geschlossen werden kann. M. E. ist in diesem, praktisch wohl sehr seltenen Falle von einer Bestrafung abzusehen.

In der Mehrzahl der Fälle wird mehrmalige Begehung vorliegen, und damit wird dieses Moment in der Regel gegeben sein.

§ 13. Resultat

I. Zusammenfassung und Diskussion des Ergebnisses

In vorliegender Studie galt es, zu versuchen, eine Umschreibung der Gewerbsmäßigkeit zu finden, die der Rechtssprechung des Schwurgerichts bestmöglichst entsprechen sollte. Diese schien für die Frage dieses Qualifikationsgrundes den Vergleich eines sozialen Gewerbebetriebes heranzuziehen, wodurch sich eine eigentliche Kontroverse zu der an maßgebliche bundesgerichtliche und reichsgerichtliche Urteile sich anlehrende Praxis des zürcherischen Obergerichts ergab.

Unter Zugrundelegung eines aus den einzelnen Momenten der bisherigen Definitionen sich zusammensetzenden sozialen Gewerbebegriffes wurde sub § 4 eine begriffliche Fassung gefunden, wie sie einer Anwendung nach allgemeinem Sprachgebrauch entspricht, und wie sie auch für eine spätere „Projektion“ in die asoziale Sphäre brauchbar erschien: „Gewerbe ist jede selbständige und organisierte Tätigkeit zum Zwecke des Erwerbs, die unter Berücksichtigung des ökonomischen Prinzips und unter dem Einsatz von Kapital eine gesteigerte wirtschaftliche Intensität manifestiert.“ Diese Umschreibung des sozialen Gewerbebegriffes konnte dann aber in der Folge nicht dergestalt in die asoziale Ordnung übernommen werden, da eine Aufnahme des Elements einer selbständigen Tätigkeit expressis verbis im Rahmen einer diesbezüglichen asozialen Umschreibung zu kriminalpolitischen Unzukömmlichkeiten führte, und da die überragende Bedeutung des Kriteriums einer Anwendung von (produzierten) Pro-

duktionsmitteln als einer Erscheinungsform des Einsatzes von Kapital eine diesbezügliche Erwähnung in asozialem Zusammenhange zu rechtfertigen schien. Somit wurde als Definition der asozialen Gewerbsmäßigkeit gefunden: „Ein gewerbsmäßiges Verbrechen oder Vergehen liegt dann vor, wenn das Verhalten des Täters derart ist, daß es in der sozialen Ordnung den Gewerbebegriff erfüllen würde; insbesondere, wenn er zum Zwecke des Erwerbs Produktionsmittel anwendet, organisiert vorgeht und unter Beachtung des ökonomischen Prinzips eine gesteigerte wirtschaftliche Intensität manifestiert.“ Eine eingehendere Würdigung der einzelnen Momente als Kriterien eines besonders intensiven verbrecherischen Willens ergab eine prinzipielle Brauchbarkeit dieser Definition für das schweizerische Strafgesetzbuch. Eine Abgrenzung zu verwandten Begriffen wie Gewinnsucht, Gewohnheitsmäßigkeit u. a. trug wesentlich zu einer tiefern Charakterisierung bei. Den Abschluß des Allgemeinen Teils bildete die Abklärung von Einzelfragen, wie Versuch, Teilnahme, Konkurrenz.

Der Besondere Teil brachte im Rahmen der einzelnen Delikte ebenfalls eine prinzipielle Brauchbarkeit. An Hand einer reichen bisherigen Praxis konnten vor allem bei den für eine gewerbsmäßige Begehung hauptsächlich in Betracht fallenden Delikten der Abtreibung, des Diebstahls und des Betruges praktische Ergebnisse in der Richtung erzielt werden, als die im Allgemeinen Teil entwickelte Definition bei ihrer Ueberprüfung dieser Tatbestände zu kriminalpolitisch brauchbaren Ergebnissen führte. Da generell sämtliche begriffswesentlichen Elemente zu Anlaß aller durch das StGB gewerbsmäßig qualifizierten Delikte als Indizien eines besonders intensiven verbrecherischen Willens gewertet werden können, stellt sich diese Umschreibung dar als die ratio jeglicher Strafschärfung; insbesondere, da die begriffswesentlichen Elemente allgemein in die Richtung einer besondern Gefährlichkeit des Täters weisen, erhält diese Definition ihren Sinn. Sie stellt auch einen Versuch dar, an Hand zum Teil objektiver, äußerlicher Erscheinungsformen (Anwendung von Produktionsmitteln, Aufbau einer verbrecherischen Organisation, finanzieller Vorteil aus deliktischem Tätigwerden u. a.) dem Richter zu erleichtern, auf eine diesbezügliche Willensdisposition schließen zu können. — Aber auch da, wo der Gesetzgeber die Gewerbsmäßigkeit als Tatbestandsmerkmal verwendet, ist m. E. eine zweckmäßige Anwendung der Definition möglich, trotzdem eine ausdrückliche Gleichstellung mit „einer auf andere Weise geoffenbarten besondern Gefährlichkeit“ dieses Moment als Qualifikationsgrund besonders geeignet, als Tatbestandsmerkmal dagegen etwas frag-

würdig erscheinen läßt (eine diesbezügliche Verwendung erklärt sich nur aus dem Kompromißcharakter der einzelnen Tatbestände).

Vergleicht man kurz die gewonnene begriffliche Umschreibung mit der herkömmlichen („Absicht, sich eine Erwerbsquelle zu verschaffen“), so erkennt man, daß es sich eigentlich nur um eine Präzision dieses von der deutschen Doktrin entwickelten Begriffes handelt, insofern nämlich, als die Zielsetzung des Täters, die Einnahmenerzielung für längere Dauer, beiden Umschreibungen immanent ist, die neu gefundene Definition aber nicht in so genereller Art und Weise daran anknüpft, sondern noch eine Reihe wesentlicher Kriterien anführt, wie sie u. a. auch den in der sozialen Ordnung gewerbsmäßig tätig werdenden charakterisieren: organisierte Tätigkeit, Anwendung von Produktionsmitteln und Handeln nach ökonomischem Prinzip. Diese einengende Auslegung stellt somit einen Versuch dar, Härten zu lindern, wie sie eine Anwendung der allgemeinen, bisherigen Definition im Rahmen der Rechtssprechung einiger schweizerischer Berufsgerichte mit sich brachte. Der Auffassung des das „gesunde Volksempfinden“ repräsentierenden Schwurgerichts ist m. E. dadurch vollauf Rechnung getragen worden, daß als Ausgangspunkt einer diesbezüglichen asozialen Tätigkeit ein dem allgemeinen Sprachgebrauch entsprechender sozialer Gewerbebegriff gewählt wurde.

II. Die Regelung des StGB de lege lata¹

Ueberblickt man insgesamt die Tatbestände, die der Gesetzgeber gewerbsmäßig qualifizierte, so erkennt man allgemein eine grundsätzliche Brauchbarkeit des Gedankens einer Sonderbehandlung des gewerbsmäßig handelnden Täters. Aber auch in den Tatbeständen, wo nicht von gewerbsmäßiger Begehung gesprochen wird, wird der Richter bei der Strafzumessung innerhalb des Strafrahmens die Strafe erhöhen, wenn er gewerbsmäßige Begehung feststellen konnte² (auszunehmen sind naturgemäß die Fälle, wo der besondere Charakter des Delikts eine gewerbsmäßige Begehung ausschließt).³ In jedem Falle ist nämlich das Verschulden eines gewerbsmäßig handelnden

¹ Vgl. dazu die entsprechenden Ausführungen von Diez (S. 187 ff.).

² Ebenso Diez S. 187/8.

³ So z. B. Sachentziehung (StGB 143), da zufolge des ausdrücklichen Ausschlusses der Bereicherungsabsicht eine gewerbsmäßige Begehung von vornherein ausgeschlossen ist. Ferner bei allen fahrlässig verübten Delikten (z. B. fahrlässige Tötung i. S. von StGB 117).

Täters höher zu bewerten. Dies folgt zwingend aus einer sinngemäßen Anwendung der allgemeinen Strafzumessungsregel nach StGB 63 (Verschuldensprinzip), wobei „die Weite der einzelnen Strafraumen in der Regel eine angemessene Erhöhung zulassen dürfte“.⁴ Es ist deshalb anzunehmen, daß nach dem schweizerischen Strafgesetzbuch die Gewerbsmäßigkeit überall zu Anlaß der Strafzumessung zu berücksichtigen ist, der Gesetzgeber aber nur einige typische Fälle durch Aufnahme eines gesonderten Strafraumens besonders hervorhob.⁵

Des weitern erhellt aus einem kurzen Vergleich der höhern Strafraumen bezüglich ihres Umfanges⁶, daß „die Zuchthausstrafe als typische Strafe für den gewerbsmäßig handelnden Täter vorgesehen ist“⁷, was besonders deutlich zutage tritt, daß beim Tatbestande der Kuppelei und der Münzverringerung „die gewerbsmäßige Begehung diese Vergehen zu Verbrechen werden läßt“.⁷

III. Kritik dieser Regelung des StGB

Hat man diese Grundtendenzen einer Verwendung dieses Strafzumessungsgrundes im Rahmen des StGB erkannt, so ist dies nun einer kritischen Würdigung zu unterwerfen⁸: Entsprach die ausdrückliche Anführung im Rahmen einiger typischer Fälle dem kriminal-

⁴ Diez S. 188.

⁵ Ebenso Diez S. 187 f.

⁶ Vgl. Diez S. 188 f. — Zu Anlaß der wichtigsten gewerbsmäßig qualifizierten Tatbestände (Abtreibung, Hehlerei, Betrug, Erpressung, Wucher) wird eine Zuchthausstrafe von 1—10 Jahren angedroht. Sind alternativ Gefängnis- und Zuchthausstrafe vorgesehen (z. B. Diebstahl), so geschah dies wohl deswegen, um Fälle leichtern Verschuldens gebührend berücksichtigen zu können, „um beim (ausnahmsweisen) Fehlen einer ehrlosen Gesinnung auch Gefängnisstrafen aussprechen zu können“; ferner, „um dadurch allzu große Unterschiede zu den Strafen des Grunddelikts zu vermeiden, weil der Richter sonst versucht sein könnte, die Qualifikation abzulehnen, um die ihm zu hoch scheinende Strafe des qualifizierten Delikts nicht aussprechen zu müssen“ (Diez S. 188). Einen Sonderfall bezüglich des Umfanges des Strafraumens stellen die Tatbestände der diesbezüglich qualifizierten Fälschungsdelikte (StGB 153, 154, 235, 252) dar, als zu Anlaß dieser Vergehen bloß Gefängnis (min. 1 Monat) und z. T. Buße vorgesehen ist. Diese Behandlung erklärt sich aus der Tatsache, daß die Verübung dieser Delikte zumeist im Rahmen eines sozialen Gewerbebetriebes erfolgt, „somit die Gewerbsmäßigkeit nicht eine besonders intensive Begehungsform darstellt und nicht von gemeiner Gesinnung zeugt“ (Diez S. 177 f.).

⁷ Diez S. 189.

⁸ Vgl. dazu Diez S. 190 ff.

politischen Bedürfnis, denjenigen, der aus der Begehung des betreffenden Delikts ein „Gewerbe macht“, einem gesonderten Strafraum subsumiert zu wissen, so ist aber nun auch der Fall durchaus denkbar, daß jemand zum Zwecke des Erwerbs tätig wird, sich aber nun nicht gegen ein, sondern gegen mehrere Rechtsgüter vergeht, d. h. allgemein aus der Begehung von Delikten der verschiedensten Arten Einnahmen zieht. In einem derartigen Falle kann nun aber nicht auf gewerbsmäßige Begehung erkannt werden, da dem Täter ja nicht gewerbsmäßige Begehung eines bestimmten Verbrechens oder Vergehens, sondern eine asoziale Gewerbsmäßigkeit allgemeiner Art vorgeworfen werden könnte, mit andern Worten, es ist die Tatsache, daß das StGB diesen Strafschärfungsgrund nur bei gleichartiger Verbrechensbegehung kennt, kritisch zu würdigen.

Dies führt nun aber zu einer grundsätzlichen Berechtigung der Verwendung der Gewerbsmäßigkeit auch bei Ungleichartigkeit der Delikte, wie dies schon Diez feststellte.⁸ Dies erhellt nämlich daraus, daß die Intensität des verbrecherischen Willens bei ungleichartiger Verbrechensbegehung die gleiche, wenn nicht sogar eine höhere ist gegenüber den Fällen, da immer dasselbe Rechtsgut angegriffen wurde. Gerade die Willensdisposition, allgemein aus asozialer Tätigkeit Einnahmen zu erzielen, erfordert schärfste Bestrafung, da sie einen Verbrecher charakterisiert, „der eine grundsätzlich rechtsfeindliche Gesinnung zeigt, die sich nicht auf einzelne Delikte beschränkt“.⁹ Unterstrichen wird diese Bedeutung dadurch, daß selbst der gefährlichste Verbrecher, wie der von Heindl skizzierte spezialisierte deutsche Berufsverbrecher charakterisiert werden kann, „gelegentliche Exkurse in benachbarte Arbeitsgebiete nicht scheut“.¹⁰

IV. Die rechtspolitische Forderung der Verwendung der Gewerbsmäßigkeit als allgemeiner Strafzumessungsgrund

Eine kritische Würdigung der Regelung des StGB ergab das Bedürfnis nach einer Verwendung der Gewerbsmäßigkeit auch bei Ungleichartigkeit der Verbrechensbegehung. Sucht man nach Möglichkeiten der Verwirklichung dieses Gedankens, so ergibt sich als einzig

⁸ Vgl. dazu Diez S. 190 ff.

⁹ Diez S. 191 f.

¹⁰ Heindl S. 164 Anm. — Deutlicher Z VI (1893) S. 84 ff.: „...daß sie (die Gewohnheitsverbrecher) je nach Gelegenheit und Umständen bald dieses, bald jenes Rechtsgut angegriffen haben...“

gangbare Lösung die Aufnahme eines diesbezüglichen Qualifikationsgrundes in den Allgemeinen Teil des StGB, wie dies bereits Diez forderte.¹¹ Damit würde sich die Gewerbsmäßigkeit neben die andern allgemeinen Strafschärfungsbestimmungen stellen, insbesondere neben den Rückfall. Da dieser nun eine Reihe formaler Momente zur Voraussetzung hat, und eine Anwendung von StGB 67 an die Tatsache anknüpft, daß die bereits einmal erfolgte Einwirkung der Strafvollzugsorgane sich als unwirksam erwiesen hat, dürften sich keine Schwierigkeiten, die begriffliche Abgrenzung betreffend, ergeben.¹²

Der Einwand, die Gewerbsmäßigkeit als allgemeiner Strafschärfungsgrund sei nicht gerechtfertigt, da er nicht für alle Delikte verwendbar sei, ist mit dem Hinweis auf die überragenden Vorteile dieser Lösung in kriminalpolitischer Hinsicht zu entkräften: Als eine Sonderform der besondern Gefährlichkeit gewänne auch diese mittelbar an Einfluß, als durch eine allgemeine Statuierung eines höhern Strafrahmens der Richter viel eher dazu kommen wird, nach Indizien einer diesbezüglichen Willensdisposition zu suchen, als er jetzt zu Anlaß des allgemein gefaßten Artikels StGB 63 verpflichtet ist. Gerade aber eine rigorose Bekämpfung des gewerbsmäßigen Verbrechertums erhält ihre überragende Bedeutung dadurch, daß es sich sehr oft dabei um eine Ausdrucksform von „chronischem“ Verbrechertum handelt, gegen das nur durch langandauernde Freiheitsstrafen wirksam vorgegangen werden kann, wodurch den Strafvollzugsorganen eine intensivere Einwirkung ermöglicht wird, denn andernfalls reißt die einmal begonnene Kette von Verbrechen nie ab, bis dann schlußendlich eine Sicherungsverwahrung nach StGB 42 möglich ist. Einer derartigen Entwicklung muß gesteuert werden durch Verhängung langfristiger Freiheitsstrafen, unter Umständen im Rahmen der Grunddelikte; ein wirksamerer Schutz der menschlichen Gesellschaft ist aber m. E. erst durch Aufnahme der Gewerbsmäßigkeit als Strafzumessungsgrund in den allgemeinen Teil des StGB gegeben.

¹¹ Diez S. 192: „Können die erwähnten Fälle der ungleichartigen gewerbsmäßigen Begehung nicht nach den Regeln der Konkurrenz befriedigend gelöst werden? Wir glauben, daß man dadurch der Bedeutung des gewerbsmäßigen Delikts nicht gerecht würde. Die Einheitlichkeit des Willensentschlusses, der qualifizierte Gesamtwille, also ein über die Begehung einzelner Delikte hinausgehender Vorsatz: Dies wurde als das Wesentliche der gewerbsmäßigen Begehungsart dargestellt. Gerade weil das StGB das Verschuldensprinzip kennt, sollte auch in diesen Fällen vom Gesetz das Verschulden in den Vordergrund gerückt werden, indem nicht mehr die Gleichartigkeit der Einzelhandlungen maßgebend sein soll, sondern die Grundeinstellung des Täters.“

¹² Näheres s. § 6 VIII.

§ 14. Die Begründung einer gewerbsmäßigen Qualifikation an Hand von StGB 119.3 und Ueberprüfung der Definition

Im Anschluß an die Entwicklung des Begriffs der asozialen Gewerbsmäßigkeit möchte ich sub § 14 versuchen, Entwicklungstendenzen aufzudecken, die zur Aufnahme dieses Qualifikationsmomentes ins Strafgesetzbuch führten; vor allem soll in diesem Zusammenhange zu zeigen versucht werden, welchem Geiste und welchen kriminalpolitischen Erwägungen dieser Strafschärfungsgrund entspringt. Daran anschließend hat eine Ueberprüfung der Definition zu erfolgen, ob diese den aus diesem Zusammenhange an sie gestellten Anforderungen gerecht wird. Diese Betrachtungen werden an Hand des Tatbestandes der gewerbsmäßigen Abtreibung vorgenommen, weil in dem unterschiedlichen Strafraumen der gewerbsmäßigen und der nicht gewerbsmäßig begangenen Tat wie sonst an keiner andern Stelle mit solcher Deutlichkeit der Wille des Gesetzgebers zum Ausdruck kommt, gegen eine gewerbsmäßige Begehung mit der vollen Schärfe des Gesetzes vorzugehen (vor allem die Höhe der Minimalstrafandrohungen betreffend: 3 Jahre Zuchthaus gegenüber 3 Tagen Gefängnis).

I. Entwicklungstendenzen einer Sonderbehandlung des gewerbsmäßig begangenen Delikts in historischer Beleuchtung

Im *römischen Recht* findet sich kein ausdrücklicher Hinweis auf eine Sonderbehandlung eines gewerbsmäßig handelnden Täters. Dagegen erwähnt der Fall in den Dig. 48.19.39 de poenis den Tatbestand, wo eine Frau sich selbst abtreibt, nachdem sie von den zweiten Erben Geld entgegengenommen hat (... ab heredibus secundis accepta pecunia partum sibi medicamentis abegit...). Dafür wird sie zum Tode verurteilt. Im folgenden erwähnt dann die gleiche Stelle den Fall, wo eine bereits geschiedene Frau abtreibt, um nicht die Frucht ihres früheren Ehemannes austragen zu müssen (... ne iam inimico marito

filium procrearet . . .). In diesem Fall wurde die Frau mit zeitlichem Exil bestraft. In diese Stelle eine besondere Qualifikation der entgeltlichen Abtreibung hineinlesen zu wollen, wie Jungmann dies tut¹, erscheint mir etwas gewagt, weil sich dafür m. E. zu wenig Anhaltspunkte aus obigem Fall ergeben. Ebensovienig erscheint mir aus dem in den Dig. 48.19.38.5 aufgeführten Tatbestand eine Sonderbehandlung der Lohnabtreibung zu resultieren. Jungmann² behauptet hingegen, daß durch den Zusatz „... amissa parte bonorum...“ das römische Recht speziell jegliche entgeltliche Begehung treffen wolle, im Sinne einer Buße.³

Erstmals erwähnt *Berlich* (1693) die Abtreibung gegen Lohn, die er besonders bestraft wissen will, da er die poena capitalis auch dann zulassen will, wenn es sich um einen „foetus inanimatus“ handelt.⁴ Damit würde man also erstmals auf den Begriff einer Lohnabtreibung, die in der Strafzumessung besonders zu berücksichtigen ist, stoßen, und zwar auf den heute wenig häufigen Fall einer Lohnabtreibung durch die Schwangere selbst.

Den gleichen Fall, wie ihn die erste zitierte Stelle des römischen Rechts umschreibt, erwähnt die *Theresiana* (1768) als erschwerenden Umstand in § 7.2: „Da wer ein schwangeres Weib durch Geld dahin erhandelte, daß sie mit wirklicher Abtreibung ihrer lebendigen Leibesfrucht ihm einen Zugang zur Erbschaft machte.“⁵

Alle bis jetzt genannten Gesetzesstellen beziehen sich nur auf eine durch die Schwangere selbst durchgeführte Abtreibung, wobei das Moment eines Entgelts eigentlich eine Entschädigung an die Schwangere dafür darstellt, daß dem Dritten nicht etwa durch Geburt eines Erben ein Konkurrent bei künftiger Erbteilung erwachse oder dieser allenfalls sogar leer ausginge. Das ist m. E. das Grundmotiv, das den oben umrissenen Tatbeständen zugrunde liegt.

Als anderes strafferhöhendes Tatmotiv erwähnt nun die *Theresiana*

¹ Jungmann, Das Verbrechen der Abtreibung 1910 S. 9, erblickt in dieser Stelle eine Qualifikation der Lohnabtreibung. — Anderer Ansicht ist v. Liszt, Kriminelle Fruchtabtreibung, S. 252: „Für das römische Recht läßt sich überhaupt eine schärfere Bedrohung der Lohnabtreibung, auch für den Gehilfen, nicht nachweisen.“

² Jungmann, Das Verbrechen der Abtreibung 1910 S. 41.

³ v. Liszt, Kriminelle Fruchtabtreibung S. 249.

⁴ *Berlich*, Conclusiones 1693 4. Teil VIII 57 S. 64: „Observandum autem est, si mulier accepta pecunia foetum abigat, quod poena capitali puniatur non solum si foetus animatus, sed etiam inanimatus et informatus fuerit“ (cit. v. Liszt, Kriminelle Fruchtabtreibung S. 252).

⁵ v. Liszt, Kriminelle Fruchtabtreibung S. 252.

in Art. 88 § 5, „wenn wer um Geld und Gewinnst willen sich behandeln lasse, jemanden unfruchtbar zu machen, oder die Leibesfrucht abzutreiben“.⁶ Es handelt sich also hier um den Tatbestand, da ein Dritter, nach Entgegennahme von Geld, die Abtreibung vornimmt; d. h. es liegt hier der Fall einer Lohnabtreibung vor, wie er in ähnlicher Umschreibung Eingang in die Strafgesetzbücher des 19. und 20. Jahrhunderts gefunden hat.

Hingegen engen die beiden *Haanschen Entwürfe* zu einem österreichischen Strafgesetzbuch von 1793 resp. 1794 (Art. 97 bzw. 99)⁷ den zweiten Tatbestand der Theresiana dahingehend ein, daß sie als Tatbestandsmoment ein Handeln wider Wissen und Willen der Mutter verlangen; für die weitere Entwicklung einer Sonderbehandlung der entgeltlichen Abtreibung ist insofern ein Rückschritt zu verzeichnen, als der aus „eigennütziger“ dem aus „was immer für anderer“ Absicht handelnden Täter gleichgestellt wird. Somit würde der Fall der entgeltlichen Abtreibung durch einen Dritten mit Zustimmung der Schwangerschaft nicht unter diese Strafbestimmung fallen. Augenscheinlich scheint der Gesetzgeber den Tatbestand im Auge gehabt zu haben, da ein vom Vater gedungener Abtreiber gegen Entgelt den verbrecherischen Eingriff vornimmt, wobei der Mutter die wahre Absicht des Dritten verheimlicht wird. Als Tatmotiv käme m. E. für den Vater die wirtschaftliche Ueberlegung in Betracht, daß er versucht, durch Abtreibung der Leibesfrucht künftigen Alimentenzahlungen zu entgehen.

Einen wichtigen Wendepunkt in der historischen Weiterentwicklung dieses Fragenkomplexes bildet der Art. 317 des *Code pénal*⁸ von 1810 mit seiner härteren Bestrafung der Medizinalpersonen, womit ein genau umschriebener Personenkreis getroffen werden soll. Von dem so umschriebenen Delikt zu demjenigen, das von Pseudoärzten, Quacksalbern oder berufsmäßigen Abtreibern begangen wird, scheint mir nur noch ein kleiner Schritt zu sein, und, da beide Personenkreise durch fortgesetzte Lohnabtreibungen gewissermaßen ein Gewerbe betreiben, erscheint eine höhere Strafandrohung besonders gerechtfertigt.

So ist es m. E. erklärlich, daß dann in der Folge, im Laufe des 19. Jahrhunderts, der Ausdruck einer gewerbsmäßigen Abtreibung in vielen deutschen und schweizerischen Partikularstrafgesetzbüchern

⁶ v. Liszt, *Kriminelle Frucht- und Abtreibung* S. 249.

⁷ v. Liszt, *Kriminelle Frucht- und Abtreibung* S. 252.

⁸ v. Liszt, *Kriminelle Frucht- und Abtreibung* S. 322.

Eingang fand⁹, womit man ursprünglich einen Personenkreis treffen wollte, der durch fortgesetzte Begehung von Abtreibungen nach der Art eines „kaufmännischen Betriebes“ Einnahmen erzielte, und der wegen dieses besonders verwerflichen Tatmotivs unter erhöhte Strafandrohung zu stellen sei.

II. Die legislative Behandlung der gewerbsmäßigen Abtreibung im schweizerischen Strafrecht

So war also der Stand der Dinge, als gegen Ende des vorigen Jahrhunderts Prof. Carl Stooß die Vereinheitlichung des schweizerischen Strafrechts in Angriff nahm. Nur wenige Kantone qualifizierten zu jener Zeit die gewerbsmäßige Abtreibung¹⁰ oder die Begehung durch Medizinalpersonen.¹¹ Trotzdem entschloß sich Prof. Stooß, den Gedanken einer schwereren Bestrafung der entgeltlichen Abtreibung in weitestem Umfang in den Art. 54.2 des *ersten Vorentwurfs von 1894* hinüber zu nehmen.¹² Stooß wollte damit jede entgeltliche Begehung mit Zuchthaus bestraft wissen, und, um nun auch ja jede einzelne gegen Entgelt vorgenommene Abtreibungshandlung unter die höhere Strafandrohung stellen zu können, führt er neben dem Tatbestand der gewerbsmäßigen auch den der Lohnabtreibung an. Er will damit dem Richter die Verantwortung abnehmen, auch bei nur einmaliger Begehung bereits auf Gewerbsmäßigkeit zu erkennen, wie ja die herrschende Lehre vorsah, daß das Moment der Gewerbsmäßigkeit auch schon bei erstmaliger entgeltlicher Begehung vorliegen könne. Dadurch, daß nun beide Tatbestände der gleichen Strafandrohung unterliegen, muß somit jegliches entgeltliches Handeln unter diesen

⁹ Vgl. die Zusammenstellungen in:

1. v. Liszt, *Kriminelle Frucht-Abtreibung* I S. 250.

2. Schifferli, *Der strafrechtliche Schutz des keimenden Lebens*, Freiburger Dissertation 1929, S. 81.

3. Steiner, *Das Delikt der Abtreibung*, Be Dissertation 1915.

¹⁰ S. Stooß, *Die Grundzüge des schweizerischen Strafrechts 1892/93* Bd. II S. 24: Gewerbsmäßige Abtreibung wird qualifiziert im Thurgau (§ 75), Waadt (§ 229), Bern (§ 135), Aargau (§ 124), Schaffhausen (§ 158).

¹¹ S. Stooß, *Die Grundzüge des schweizerischen Strafrechts 1892/93* Bd. II S. 24: „Mitwirkende Medizinalpersonen höher bestraft in den romanischen StGBs und Schaffhausen (§ 158).“

¹² VE 1894 Art. 54.2: „Wird die Handlung ohne Einwilligung der Schwangern, oder gegen Entgelt, oder von einem Arzt oder Apotheker, oder von einer Hebamme oder gewerbsmäßig (...ou par quelqu'un qui en fait métier...) vorgenommen, so ist die Strafe Zuchthaus von 3 bis 10 Jahren.“

Art. 54.2 subsumiert werden, wobei der Richter allerdings bei nur einmaliger Lohnabtreibung an die untere, bei gewerbsmäßiger Abtreibung an die obere Grenze des Strafrahmens sich halten würde.

In den *Verhandlungen der ersten Expertenkommission* dringt nun die Auffassung durch, daß bei dem in Art. 54.2 aufgeführten Tatbeständen jeweils noch auf eine Geldbuße bis zu Fr. 10 000.— zu erkennen sei.¹³

In zweiter Lesung wird nun im Herbst 1895 in Alinea 2 der Ausdruck „gewerbsmäßig“ auf Anregung von Gretener hin durch den weitem Begriff „gegen Entgelt“ ersetzt.¹⁴ Man will an das erste entgeltlich vorgenommene Delikt anknüpfen und, statt Gewerbsmäßigkeit, ein fortgesetztes oder eventuell wiederholtes Delikt annehmen, da man offenbar eine besondere Anführung des gewerbsmäßigen Delikts für überflüssig hielt, es als eine Reihe von entgeltlich ausgeführten Abtreibungen auffaßte. Somit erscheint in diesem Zusammenhang die Definition von Schifferli¹⁵ nicht so abwegig, der unter gewerbsmäßiger Abtreibung Lohnabtreibung im Rückfall begangen verstanden wissen will. Daß aber diese Umschreibung kriminalpolitisch heute nicht tragbar ist, folgt aus Art. 67 des StGB, demzufolge die Vortat bereits verbüßt sein müßte. Der *Vorentwurf von 1903* kennt in Art. 64 § 2 I nur die einfache Lohnabtreibung: „Handelt der Schuldige als Arzt, Apotheker oder Hebamme oder gegen Entgelt (. . . ou moyennant salaire . . .), so ist die Strafe Zuchthaus von 2—10 Jahren.“ Dazu kann noch auf Buße bis zu Fr. 10 000.— erkannt werden.

In den nun folgenden Verhandlungen einer Expertenkommission, die leider nicht veröffentlicht wurden, kommt nun endgültig der Gedanke zum Durchbruch, daß speziell jegliche gewerbsmäßige Begehung einer besonders hohen Strafandrohung zu unterwerfen sei. So kommt es, daß der *Vorentwurf von 1908* für die entgeltliche Abtreibung¹⁶ einen besondern Strafrahmen aufweist, während er für jegliche gewerbsmäßige Begehung¹⁷ eine Minimalstrafandrohung von

¹³ Verhandlungen der Expertenkommission des eidg. Justiz- und Polizeidepartements zu einem schweizerischen StGB vom 28. 8. 1894 S. 330 mit Voten von Zürcher, Hürbin und Stooß.

¹⁴ Verhandlungen der vom eidg. Justiz- und Polizeidepartement einberufenen Expertenkommission über den Vorentwurf zu einem schweizerischen StGB vom 16. 10. 1895 S. 498.

¹⁵ S. Schifferli, Der strafrechtliche Schutz des keimenden Lebens S. 80.

¹⁶ VE 1908 § 68.2: „...handelt der Täter gegen Entgelt, so ist die Strafe Zuchthaus bis zu 10 Jahren...“

¹⁷ VE 1908 § 68.4: „...Die Strafe ist Zuchthaus nicht unter 3 Jahren: Wenn der Täter aus dem Abtreiben ein Gewerbe macht...“

3 Jahren Zuchthaus ausspricht. Dagegen sieht der Vorentwurf 1908 von einer Sonderbehandlung der Medizinalpersonen ab¹⁸, die der Richter ja ohnehin durch allfällige Subsumtion unter die schärfere Vorschrift der gewerbsmäßigen Begehung berücksichtigen könne. Damit läßt sich die interessante Entwicklung des Begriffs der gewerbsmäßigen Abtreibung überblicken: Zuerst die alleinige Sonderbehandlung der Medizinalpersonen (Code pénal 1810); dann die Aufnahme von Strafschärfungsgründen gegen Medizinalpersonen und Pseudomedizinalpersonen (berufsmäßige Abtreiber und Kurpfuscher); und nun zuletzt der Verzicht des Gesetzgebers auf eine Sonderbehandlung der Medizinalpersonen, die man allenfalls als gewerbsmäßig handelnde Täter schärfer bestrafen könne.

Gegen dieses Vorgehen hat dann in der *zweiten großen Expertenkommission* Lang Sturm gelaufen, der namentlich die Sonderbehandlung der entgeltlichen Abtreibung beanstandete und in einem Antrag die besondere Qualifikation der gewerbsmäßigen Abtreibung aus dem Vorentwurf zu streichen wünschte. Gegen diesen Vorschlag wandten sich energisch Zürcher¹⁹ und Gautier.²⁰ Ihnen gegenüber begründete nunmehr Lang in aller Form, daß er mit einer Streichung der gewerbsmäßigen Abtreibung aus dem VE den patentierten Arzt vor der harten Zuchthausstrafe bewahren wolle. Er trat als Verteidiger der Ärzteschaft auf und führte als Hauptargument an, daß die schwere Strafandrohung schließlich viel eher den Arzt als den Kurpfuscher, der aus dem Abtreiben ein Geschäft macht, abhalte, seine

¹⁸ Dies sah Hafter in seinen kritischen Besprechungen 1906 (Z. 19 S. 157/58) vor, abgedruckt in „Bibliographie und kritische Materialien zum VE eines schweizerischen StGBs 1898—1907“ S. 93 (zu § 64). Hafter schlägt vor, die Qualifizierung der Medizinalpersonen in Abs. 2 zu streichen und nur Lohnabtreibung mit einer Strafschärfung auszustatten: „...damit trifft man das einzig besonders verwerfliche Motiv, die Gewinnsucht, namentlich auch jeden gewerbsmäßigen Betrieb.“

¹⁹ S. Protokoll der 2. Expertenkommission Bd. VIII Okt. 1915, ersch. Luzern 1918 S. 225. Zürcher führt dort aus: „Die milde Behandlung des gewerbsmäßigen Abtreibers rechtfertigt sich nicht; es wäre im Gegenteil wünschbar, wenn schon das an unbestimmt viele Personen gerichtete Anerbieten zur Abtreibung unter Strafe gestellt werden könnte.“

²⁰ Gautier (Protokoll der 2. Expertenkommission VIII S. 226): „S'il y a un cas, où le caractère professionnel d'un délit est une circonstance aggravante incontestable, c'est bien celui de l'avortement. Les dispositions sur la récidive ne suffisent pas, elles autorisent, il est vrai, le juge à augmenter la peine d'après les circonstances, mais ne l'y obligent point... Nous tenons à pouvoir frapper fort ces professionnels, nous ne voulons pas que le juge puisse, à son gré, user de rigueur ou n'en pas user à leur égard. Je me propose donc contre la proposition Lang.“

Dienste den bedrängten Frauen zu leihen.²¹ Werde schon einmal ein Abort eingeleitet, dann sei es doch besser, es geschehe das von kundiger Hand als durch einen Laien, und das konnte natürlich nicht widerlegt werden. In diesem Kampf um Beibehaltung oder Streichung des Qualifikationsmoments vermochten aber diese Gedanken nicht durchzudringen gegenüber den von Zürcher und Gautier gemachten Ueberlegungen. Interessant ist eine in diesem Zusammenhang von Zürcher gemachte Aeüßerung, derzufolge eine Umschreibung der gewerbsmäßigen Begehung ins Gesetz aufzunehmen sei.²² Zu einem Antrag wurde allerdings dann diese Ueberlegung nicht formuliert. So blieb es denn bei einer Beibehaltung der Sonderbehandlung des gewerbsmäßig begangenen Delikts, während die Qualifizierung der Lohnabtreibung aus allen weiteren Vorentwürfen und Entwürfen sowie aus der endgültigen Fassung von 1937 verschwindet.

Die *parlamentarische Diskussion* übergeht im allgemeinen diesen Problemkreis, da Fragen größerer Tragweite in diesem Zusammenhang auftauchten, die vor allem die Zulassung einer straffreien Abtreibung bestrafen, und die den Art. 120 StGB zum eigentlichen Schicksalsartikel des schweizerischen Strafgesetzbuches machten.

III. Die Begründung der gewerbsmäßigen Qualifikation

Der Wille des Gesetzgebers scheint klar zu sein: Unter die schärfere Strafandrohung sollen alle Täter fallen, die zum Zwecke der Einnahmenerzielung deliktisch tätig werden. Dieser Gedanke wurde aber nun dahingehend abgeschwächt, daß nicht schon an jede ent-

²¹ Lang: „Und die ganze Wirkung dieser Vorschrift wird darin bestehen, daß man die armen Frauen gewissenlosen Hebammen in die Hände treibt.“ (Vgl. Protokoll der 2. Expertenkommission September-Oktober 1913 Bd. III S. 189.) — Und: „Man darf folgendes nicht vergessen: Der Arzt wird häufig, namentlich von ledigen Frauen, flehentlich gebeten, einen Abort einzuleiten und sie dadurch vor einem schweren Unglück zu behüten. Es ist gerade dem wohlmeinenden und humanfühlenden Arzt oft schwer, sein Ohr vor solchen Bitten zu verschließen. Da aber in solchen Fällen, wo es menschlich begreiflich ist, daß er der Frau seinen Beistand nicht versagt, der Eingriff zur Berufsausübung gehört, wird der Richter leicht dazu kommen, Gewerbsmäßigkeit anzunehmen, auch wenn der Arzt nur einer Frau abgetrieben hat.“ (Protokoll der 2. Expertenkommission Bd. VIII 1918 S. 227.)

²² Zürcher umschreibt die Gewerbsmäßigkeit in diesem Zusammenhange folgendermaßen: „Gewerbsmäßig begangen ist ein Vergehen, wenn der Täter aus der Begehung ein Gewerbe macht oder eine wiederkehrende Einnahme zieht oder zu machen oder zu ziehen beabsichtigt.“ (S. Protokoll der 2. Expertenkommission Bd. VIII S. 231.) Vgl. § 2 III.

geltliche Verübung höhere Strafe geknüpft wird, sondern nur an das Vergehen, „da der Täter aus der Begehung ein Gewerbe macht“. Der Gesetzgeber, der für die gesamte Strafzumessung das Verschuldensprinzip in den Mittelpunkt stellt, bewertet die gewerbsmäßige Begehung als derart hohes Verschulden, daß er eine Minimalstrafandrohung von drei Jahren Zuchthaus statuiert. Betroffen werden sollen einmal „alle die Täter, die aus der Notlage der Schwangern noch Kapital zu schlagen suchen“²³ und die sich gegenüber einem unbestimmt großen Personenkreis bereit erklären, gegen Entgelt keimendes Leben zu vernichten.

Dieser Standpunkt des schweizerischen Strafgesetzbuches ist klar erkennbar: Der Gesetzgeber bekannte sich aus diesen Erwägungen heraus zu einer diesbezüglichen Qualifikation. In diese Bestimmung eine Schlechterstellung des abtreibenden Arztes hineinzulesen, wie Lang dies tat²⁴, ist m. E. nicht richtig, da dieser Personenkreis unter Befolgung des in StGB 120 niedergelegten Verfahrens straflos ausgeht und des weitern wirklich nicht einzusehen ist, warum ein Arzt, der aus den genau gleichen Motiven wie ein Laienabtreiber handelt, diesem gegenüber schlechter gestellt sein soll, wenn die Umschreibung des Qualifikationsmomentes an ein höheres Verschulden des Täters und nicht allein an die objektive Gegebenheit eines sozialen Gewerbebetriebes als solche anknüpft.

Aber auch aus kriminalpolitischen Erwägungen schien sich dem Gesetzgeber diese Lösung aufzudrängen: Denn nur durch schärfste Strafandrohung lassen sich die Abtreiberpraktiken wirksam bekämpfen. Wohl bei keinem andern Delikt findet sich ein so großer Unterschied zwischen einer „criminalità reale“ (= der total begangenen strafbaren Handlungen) und einer „criminalità apparente“ (= der zur Kenntnis der Behörden gelangten Delikte) wie gerade hier; denn wer wollte ein derartiges Delikt zur Kenntnis der Behörden bringen? Kein Opfer trägt gerne seine Haut zu Markte, selbst dann nicht, wenn ihm in diesem Falle völlige Straflosigkeit zugesichert würde. Aus generalpräventiven Gründen (Abschreckung resp. Rückfallsverhütung) erscheint die Statuierung eines schärferen Strafrahmens vollauf gerechtfertigt.

IV. Die Ueberprüfung der Definition in diesem Zusammenhange

Ueberprüft man den sub § 5 I gefundenen Begriff der asozialen Gewerbsmäßigkeit, ob er den an ihn gestellten Anforderungen zu

²³ Diez S. 181.

²⁴ Vgl. Anmerkung 21.

Anlaß seiner Verwendung im Rahmen von StGB 119 ciff. 3 gerecht wird, so kommt man zu folgendem Ergebnis: Bestätigt findet sich durch die Vorgeschichte dieses Artikels, daß Entgeltlichkeit allein, sei sie auch in mehreren Fällen nachgewiesen, den Tatbestand einer gewerbsmäßigen Begehung noch nicht erfüllt.²⁵ Somit trägt eine Definition, die nicht allein darauf abstellt, sondern noch andere Momente mitberücksichtigt, dieser historischen Entwicklung Rechnung. — Bei einem Strafrecht, das die Strafe vornehmlich nach dem Verschulden des Täters zumißt, rechtfertigt sich nur die Definition eines Strafschärfungsgrundes, die auf ein höheres Verschulden, einen intensiveren verbrecherischen Willen, als er das Grunddelikt charakterisiert, abstellt. Auch diesem Umstande wird die Definition gerecht, da ja ihre sämtlichen begriffswesentlichen Elemente Indizien einer verschuldensmäßig schwerer wiegenden Willensdisposition darstellen, Kriterien, welche die Feststellung einer besondern Gefährlichkeit des Täters erleichtern wollen. Somit gelang es, eine Umschreibung zu finden, die diesem Grundgedanken des schweizerischen Strafrechts im allgemeinen, den zu Anlaß von StGB 119 ciff. 3 gestellten Anforderungen im besondern, Rechnung trägt.

²⁵ Vgl. VE 1908 Art. 68, der auf eine unterschiedliche Behandlung der gewerbsmäßigen Begehung und der Lohnabtreibung hinweist.

Curriculum vitae

Ich wurde am 15. September 1922 in Baden geboren, wo ich, nach einem längeren Kuraufenthalt in Davos, die Gemeinde- und Bezirksschule durchlief. Im Frühling 1938 übersiedelte ich nach Trogen. Nach dreieinhalb Jahren bestand ich dann an der dortigen Kantonsschule die Maturitätsprüfung Typus B. In der Folge wandte ich mich an der Universität Zürich dem Studium der Rechtswissenschaften zu, das dann allerdings durch längere Militärdienstleistungen unterbrochen wurde.

